

## **Partie II : Les biens et l'entreprise commerciale :**

On dit " et " et non pas " de " car l'entreprise n'est pas une personne donc elle n'a pas de patrimoine ni de biens, les biens affectés sont ceux de l'entreprise ou de la personne morale qui exploite l'entreprise : quels biens ? Les choses et obligations (créances) appropriés : l'obligation a une valeur donc c'est un bien.

Quels droits a-t-on sur les biens ? La suma divisio classique oppose " droits réels " et " droits personnels ". Le droit réel est un droit de propriété et le droit personnel est souvent un droit de bail (location d'un local où on exerce l'activité). Il peut y avoir un bail du fonds de commerce (location gérance) ou une location gérance pour les biens (crédit bail). Enfin on peut avoir des droits intellectuels (brevets, marques...).

Le droit commercial est une branche spécialisée du droit commun civil, donc c'est ce dernier qui s'applique dans tous les cas où il n'est pas écarté. Il y a aussi des règles propres au droit commercial. Comment va-t-on étudier ? Il y a différentes catégories de biens et l'ensemble compose un bien distinct que l'on appelle **le fonds de commerce**, c'est une notion datant du siècle dernier et qui permet une transmission aisée.

### **Sous-titre I : Les biens envisagés distinctement :**

On va laisser de côté ce qui est contractuel, obligationnel... A partir de là on va étudier cinq biens distinctement :

- Les locaux.
- Le matériel.
- Les marchandises.
- Les moyens publicitaires (enseigne, marque).
- Les moyens technologiques (brevet, savoir faire).

### **Chapitre I : Les locaux de l'entreprise :**

On ne conçoit pas d'entreprise sans local, ce local peut être à la limite un simple contrat de domiciliation. Il y a une technique juridique par un décret du 30/05/1984 en son article 26-1 qui permet la domiciliation de plusieurs entreprises dans les mêmes locaux, on peut réduire à presque rien.

En dehors de cela on observe qu'il y a une extrême variété de locaux :

- Dans leur utilisation ; ce peut être :
  - Des biens de production ex : les terrains nus en matière agricoles ou un commerçant qui exploite un parking.
  - Ce peut être un bien accessoire : usine, entrepôt, laboratoire.
  - Ce peut être un moyen de l'action commerciale : ex : le magasins, les entrepôts de stockage
  - Il peut avoir pour activité d'exercer la gestion administrative de l'entreprise, ex : le siège social, il peut s'agir enfin d'un placement.

- Dans leur valeur : la valeur peut être important ou faible.

Le problème à résoudre par l'entreprise est une question de moyens : peut-elle supporter le coût de l'investissement que représente l'acquisition du local alors qu'il ne produit pas, sauf exception, une richesse ? L'entreprise n'a-t-elle pas plutôt intérêt à se tourner vers la location vu que les loyers sont des charges déductibles des impôts.

D'autre part la location permet de conserver le capital pour l'usage particulier de l'entreprise : achat de matière première, de machines.

Si le choix est fait d'acquérir le local le coût d'achat est inscrit à l'actif du bilan puis on amortit annuellement (retrait qui représente la perte de valeur du bien). En revanche si on loue, le local n'est pas à l'actif du bilan on ne comptabilise que le loyer dans les charges. Cette opposition est un peu excessive depuis la moitié du XXème on a des contrats qui permettent de mêler les caractéristiques de la propriété et de la location ; il y a trois techniques :

- Le bail à construction qui permet d'éviter le financement du terrain : le terrain est pris en location, puis l'entreprise fait construire sur ce terrain les locaux. Le preneur (l'entreprise) s'engage à construire sur le terrain du bailleur et à conserver les constructions en bon état pendant toute la durée du bail (qui a été conclu à long terme pour un prix faible). A la fin le bailleur récupère tout. Cette possibilité est dans loi de 1964 codifiée dans le code de la construction et de l'habitation aux articles L 251-1 et suivants.
- Le crédit bail : l'entreprise loue un local qui a été spécialement conçu pour elle, elle le loue mais elle a vocation à devenir propriétaire par la suite. A la fin du contrat elle peut se porter acquéreur pour un prix résiduel (c'est le crédit bail). L'entreprise comptabilisera ses paiements comme des charges et le bailleur lui a la meilleurs garantie possible : il est propriétaire. C'est dangereux pour le preneur.
- Le " Lease back " : permet de se reconstituer de la trésorerie : ça consiste à refinancer un bien qui est sa propriété en vendant son bien à un établissement de crédit qui va le donner en crédit bail à un preneur ; on verse des loyers et on peut acheter à la fin.

Il y a une distinction majeure selon que l'entreprise a ou non la propriété.

### **Section I : L'achat de locaux :**

Parlons de l'entrepreneur propriétaire, c'est relativement rare. Si l'entreprise est importante :

- Soit elle prend le local en crédit bail.
- Soit elle fait apport de l'immeuble à une société civile qui donnera l'immeuble en location à la société qui exploite l'entreprise. C'est courant et intéressant pour limiter les risques et faire apparaître des loyers qui viennent en déduction. On crée deux sociétés : l'entreprise qui exploite et la société civile qui prend les immeubles et les louent. La société qui exploite l'entreprise n'a pas d'immeubles. L'entreprise n'a donc pas d'immeubles à offrir en hypothèque.

Quant à la petite entreprise : elle va louer (bail), elle ne pose même pas la question.

Remarque : il ne faut pas confondre propriété des murs et propriété du fonds de commerce ; le fonds est l'ensemble des biens.

Si on est locataire le contrat de bail fait parti du fonds de commerce, donc en vendant le fonds de commerce on cède le contrat de location. Si on est propriétaire des murs il faut vendre le fonds de commerce puis les murs donc la cession est plus complexe.

### **Paragraphe I : Le contrat d'achat vente :**

Achat-vente de quoi ? On peut acheter un terrain nu et faire bâtir le local ou on peut acheter un terrain bâti et alors on a un contrat d'achat vente d'immeubles, c'est souvent un contrat translatif de propriété (droits réels) ; souvent ce contrat est précédé d'un contrat de Promesse Unilatérale (le propriétaire s'engage pendant un temps à vendre à un prix déterminé).

### **Le contrat de promesse unilatérale :**

Le transfert de propriété est automatique mais il reste subordonné à la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse. La question qu'on se pose en droit civil est comment expliquer le mécanisme de ce contrat ? Comment expliquer que le promettant soit tenu par sa promesse ? Il y a trois explications qui ont été avancées en doctrine :

- Il aurait une obligation de ne pas faire : ne pas passer d'autres actes juridiques incompatibles avec la promesse donnée.
- Il est tenu car il s'est engagé à contracter mais peut-on dire qu'il est tenu à cause de ça ? Peut on à titre principal s'engager à être engagé ?
- En réalité l'explication retenue est la suivante : le contrat de promesse unilatérale est un contrat générateur d'un droit d'option potestatif. Il investit le bénéficiaire de la possibilité de lever ou non l'option.

Comment expliquer que le promettant est tenu par cette promesse ? Il n'y a pas de bonne explication. Une explication récente a été posée : le contrat n'est pas seulement un acte juridique qui fait naître une règle, une norme dont les parties sont tenues (article 1134 du Code Civil). Les parties sont tenues par la norme créée par le contrat ; c'est ce qui explique que le promettant ne puisse pas revenir sur son engagement et soit tenu par le transfert de propriété, il a accepté une règle qui le lie : on parle de la force obligatoire du contrat ; on peut ne pas tenir ses obligations (selon l'article 1142) mais alors il faudra payer des Dommages intérêts ; mais cet article ne s'applique pas aux règles ou normes du contrat : dans l'exemple de la promesse unilatérale de vente on n'a pas le droit de refuser, le juge peut forcer le transfert. Le droit positif au contraire estime qu'on ne peut pas contraindre le promettant donc s'il se rétracte avant la levée de l'option on paiera des dommages intérêts.

### **Paragraphe II : Le financement :**

L'achat d'un immeuble est une opération très onéreuse qui conduit souvent l'entreprise à recourir au crédit, la banque qui consent ne le fait que si une garantie suffisante lui est donnée. Il y a deux techniques qui peuvent être utilisées à cette fin : L'entrepreneur garantit par un privilège ou une hypothèque.

- Le privilège est accordé par la loi selon la formulation de l'article 2103-2 du Code Civil.
- L'hypothèque est, elle, consenti par une convention avec l'emprunteur.

Le prêteur munit d'un privilège ou d'une hypothèque a un droit de suite et a une préférence par rapport aux autres créanciers. La mise en œuvre de ces privilèges ou hypothèque nécessite des formalités longues qui conviennent mal à la vie des affaires d'où le contrat de crédit bail ou leasing grâce auquel le prêteur est propriétaire jusqu'à un rachat éventuel et complet par le crédit preneur (SICOMI). La société de financement autorise le crédit preneur à utiliser l'immeuble pour les besoins de son entreprise ; l'entreprise est provisoirement locataire jusqu'au paiement à la fin du contrat d'un prix résiduel prévu par avance.

Remarque : les salariés ont un super privilège et sont payés avant tout le monde y compris le créancier hypothécaire d'où une crise dans les sûretés réelles.

Voyons les problèmes en cas d'existence d'une copropriété. Il arrive qu'un local commercial soit dans une copropriété c'est-à-dire une maison divisée par étages ou un ensemble commercial qui comprend plusieurs commerces dans la même enceinte. Le cas qu'on va envisager est celui où le commerçant est un des copropriétaires. L'hypothèse à envisager est celle où il pourrait être gêné dans l'exercice de son commerce par le règlement de copropriété. Il y a deux types de clauses à étudier :

- La clause d'habitation bourgeoise.
- La clause de non concurrence ou exclusive.

### **I. La clause d'habitation bourgeoise :**

Souvent le règlement de copropriété détermine la destination de l'immeuble, cette clause interdit

l'exercice de tout commerce dans l'immeuble. D'autres clauses ne vont pas aussi loin et autorisent l'exercice de certains commerces dans certaines parties mais interdisent ailleurs. Il y a aussi des clauses qui n'autorisent que certains types de commerce.

La règle générale est que ces clauses sont valables car elles sont justifiées par la destination de l'immeuble Civ 1<sup>ère</sup> 9/12/1986. Un règlement de copropriété peut n'admettre que l'exercice de commerces dans un bureau.

Il y a une exception avec la loi du 21/12/1984 dans le but de faciliter la création d'entreprise, ce texte permet à la personne qui crée l'entreprise d'en installer le siège social dans son habitation ; cette possibilité est limitée par la loi à 2 ans ; après ce délai la clause qui interdit l'exercice du commerce redevient efficace, il faut alors déplacer le siège social.

### **II. La clause de non concurrence :**

Avec cette clause chaque local a une activité déterminée et toute activité concurrente est interdite aux autres copropriétaires. Ces clauses sont en général interdites. La loi de 1967 interdit d'imposer au droit des copropriétaires des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la destination de l'immeuble. En fait ces clauses sont justifiées par l'intérêt particulier de certains commerçants copropriétaires ; c'est pourquoi elles sont annulées.

Ca ne vaut pas dans les ensembles commerciaux, les clauses sont reconnues valables dans ce type d'immeubles car on considère que la destination de l'immeuble justifie cette restriction car elle permet de maintenir une variété relativement stable de commerces divers Civ 14/12/1976 " si l'obligation de maintenir l'affectation des commerces constitue une restriction aux droits des copropriétaires d'user comme bon leur semble du local pour lequel ils ont souscrit des parts, elle se justifie par la destination de l'immeuble constituant un centre commercial composé de commerces variés, par ses caractères qui consistent à assurer les besoins essentiels des habitants et à maintenir une variété relativement stable de commerces divers correspondant à ces besoins et par sa situation dans un quartier excentré, éloigné de tous autres commerces permettant le ravitaillement normal de la population ".

Ajoutons enfin que ces clauses sont valables dans les contrats de location entre le copropriétaire et personne à qui on donne à bail le local. Ca peut poser des problèmes en chaînes complexes. Ici c'est justifié par la liberté contractuelle.

## **Section II : Le bail commercial :**

Le commerce de détail notamment est toujours exercé dans des locaux loués or, le commerçant locataire court un grave danger à l'expiration du contrat, car si lorsque la fin du bail intervient le contrat n'est pas renouvelé, il ne lui sera pas facile de retrouver un autre local et il risque de perdre sa clientèle. Il faut donc assurer la pérennité, la stabilité donc dès 1926 le législateur a accordé au commerçant en place le droit au renouvellement du bail commercial.

D'autres textes se sont ensuite multipliés dans un sens toujours plus favorable au locataire mais c'est un frein à l'investissement d'un autre point de vue :

- Le texte de base est le décret de 1953 qui se trouve aujourd'hui aux articles L 141-1 et suivants du Code de Commerce. Ce texte n'a pas pour objet l'ensemble des relations commerçant bailleur. L'objet de ce texte est seulement d'accorder certaines facilités d'exploitation, il s'agit d'octroyer au preneur le droit de céder son bail. Enfin dernière facilité : ce statut permet d'obtenir en fin de contrat le renouvellement du bail ; il précise les règles de fixation et de révision des loyers.
- Sur tous les autres points on continue à appliquer les règles générales du Code Civil.

## **Paragraphe I : La présentation du domaine d'application :**

Les immeubles sont du ressort du droit civil. Ceci dit on a abandonné depuis longtemps cela et on admet la commercialité du bail soit pour les deux parties soit pour le locataire commerçant ; ça ne veut pas dire qu'il y ait une coïncidence absolue entre bail commercial au sens des actes de commerce et au sens du décret de 1953 article L 145-1 et suivants. Les deux notions peuvent être différentes :

- Car la notion de bail selon L 145-1 est plus étendue ; ça peut profiter à des locataires non commerçants.
- Ça peut être plus étroit : ça ne profite pas à tous les commerçants. Ne peuvent jouir d'un bail commercial que les propriétaires du fonds de commerce exploité dans les lieux.

Ce champ d'application n'engage pas tous les louages d'immeubles : il y a trois types de conditions.

#### **A. Les conditions relatives aux locaux :**

- Le bail doit porter sur des immeubles ou des locaux ; c'est-à-dire les baux des immeubles locaux où un fonds de commerce est exploité article L 145-1. Un local est un espace clos et couvert ; un bâtiment ou une partie de bâtiment permettant une exploitation commerciale. Peu importe que ce local soit ou non incorporé au sol (ex : buvette). En revanche sont exclus les biens immobiliers autres que ceux ainsi définis. Ex : les murs, les toitures qui servent à l'affichage publicitaire, les emplacements variables ne sont pas des locaux au sens de l'article L 145-1.

" I. - Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité, que ce fonds appartienne, soit à un commerçant ou à un industriel immatriculé au registre du commerce et des sociétés, soit à un chef d'une entreprise immatriculée au répertoire des métiers, accomplissant ou non des actes de commerce, et en outre :

1° Aux baux de locaux ou d'immeubles accessoires à l'exploitation d'un fonds de commerce quand leur privation est de nature à compromettre l'exploitation du fonds et qu'ils appartiennent au propriétaire du local ou de l'immeuble où est situé l'établissement principal. En cas de pluralité de propriétaires, les locaux accessoires doivent avoir été loués au vu et au su du bailleur en vue de l'utilisation jointe ;

2° Aux baux des terrains nus sur lesquels ont été édifiées - soit avant, soit après le bail - des constructions à usage commercial, industriel ou artisanal, à condition que ces constructions aient été élevées ou exploitées avec le consentement exprès du propriétaire.

II. - Si le fonds est exploité sous forme de location-gérance en application du chapitre IV du présent titre, le propriétaire du fonds bénéficie néanmoins des présentes dispositions sans avoir à justifier de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers. "

- Deuxième condition : il faut que ça serve à l'exploitation du fonds de commerce ; la notion d'exploitation est plus large que celle de réception de la clientèle on vise tout ce qui est affecté à l'exploitation commerciale : usines, bureaux. Ça s'applique aussi aux baux de locaux ou immeubles accessoires à l'exploitation quand (article L 145-1 1°) leur privation est de nature à compromettre l'exploitation du fonds. Ex : l'atelier, les hangars, ici la finalité est de protéger le commerçant locataire en tant que tel.

- Il faut que le local accessoire appartienne au même propriétaire que le local principal ou qu'il ait été loué au vu et au su du bailleur en vu de l'utilisation jointe. Pourquoi ? Car le bailleur peut alors s'attendre à l'application du décret de 1953.
- De façon de plus en plus large, les textes exigent que les locaux soient affectés à l'exploitation d'un fonds de commerce ou d'un fonds similaire ; il y a un élargissement progressif du domaine d'application du statut.

Remarque : ça s'applique :

- Aux entreprises artisanales au sens du droit privé. C'est une simplification et une extension.
- Aux établissements d'enseignement public ou privé quelque soit la nature de l'enseignement (auto école, gym...) dès qu'il y a enseignement on accède à ce régime.
- Aux services municipaux article L 145-2-I-2 exploités en régie.
- Aux entreprises publiques et les EPIC, là on a voulu mettre fin à un paradoxe, ces entreprises une fois transférée à la nation avaient des droits moins importants on applique ça pour les locaux où il y a activité mais pas aux locaux pour le logement du personnel.

#### **A. Les conditions relatives aux parties :**

Il y a des conditions relatives au bailleur et d'autres au locataire, mais aussi au contrat.

##### **1. Les conditions relatives au bailleur :**

Il y des conditions objectives et d'autres sur sa situation personnelle.

##### **a) Objective :**

Le plus souvent celui qui donne à bail est propriétaire des locaux mais il peut aussi tenir ses droits d'un bail emphytéotique, ces baux sont assujettis à l'ensemble du statut. La limite est que la durée du renouvellement ne doit pas prolonger l'occupation des lieux au-delà du terme du bail emphytéotique (article L 145-3).

Le bailleur peut-il être un locataire ? Oui il peut être locataire principal et donner en sous-location tout ou parti des locaux dont il a obtenu la jouissance la sous location ne peut pas être renouvelée pour une durée supérieure à celle de la location principale.

##### **b) Les conditions relatives à la situation personnelle ou familiale :**

Si la propriété est commune en bien il relève du régime de la cogestion donc l'un et l'autre époux doivent consentir le bail commercial sinon le bail commercial est frappé par la nullité de l'article 1427 du Code Civil.

S'il est incapable (le bailleur) son représentant peut contracter des baux en son nom mais le preneur n'aura pas droit au renouvellement (article 456 du Code Civil) ; on ne peut pas accorder un droit au renouvellement s'il est exercé pendant l'incapacité du propriétaire sauf

autorisation spéciale du juge des tutelles. Pour le majeur incapable quand il recouvre sa capacité il peut se prévaloir de l'article 456 du Code Civil pour refuser le renouvellement.

L'usufruitier ne peut pas consentir de bail commercial sans le consentement du nu propriétaire sinon il y a nullité selon l'article 595 du Code Civil.

## **2. Les conditions relatives au locataire :**

Il y a deux conditions cumulatives :

- Il doit être propriétaire du fonds de commerce.
- Il doit être immatriculé au RCS.

### **a) La propriété du fonds :**

Peu importe que ce soit une personne physique ou morale mais le locataire des locaux doit être propriétaire du fonds de commerce exploité dans le local. Ca exclue :

- Les locataires sans activité commerciale.
- Les commerçants sans fonds de commerce.

**Pour les locataires sans activité commerciale : ce sont :**

- Les professions libérales,
- Les agriculteurs protégés par les baux ruraux
- Si c'est une société civile c'est un locataire sans activité commerciale mais le statut des baux commerciaux est étendu aux artisans.

D'autres par ce statut s'applique aux GIE à objet commercial selon une loi de 1989 (article L 251-4 du Code de Commerce). La jurisprudence antérieure avait refusé cette solution car c'est un organisme dont l'activité est exclusive de tout but spéculatif. Ces raisons ont paru excessives parce qu'il réalisait des opérations commerciales communes et il peut réaliser et partager des bénéfices. La solution est aujourd'hui dans le Code de Commerce : on ne discute donc plus.

**Le cas des commerçants sans fonds de commerce :**

Il faut apporter trois précisions, trois types de professionnels sont exclus :

- Pour avoir un Fonds de Commerce il faut que deux conditions cumulatives soient remplies : avoir une activité commerciale et avoir une clientèle propre. Il y a plusieurs hypothèses :
- **Le locataire gérant :** c'est celui qui n'a pas la propriété du fonds mais l'exploite, le gère comme locataire (le fonds appartient à celui qui le donne en location gérance) article L 144-1 du Code de Commerce. " Le fonds peut être donné à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls ". Il faut distinguer le bail qui a pour objet le mur et la location qui a pour objet le fonds ; les biens. La Cour de Cassation considère que c'est une question de fait pour savoir qui dans chaque cas a la propriété du fonds. C'est celui qui a



réuni la clientèle qui est propriétaire du fonds. Si c'est le preneur à bail alors on a un contrat de bail commercial. Si c'est celui qui donne à bail c'est un contrat de location gérance : exploitation d'un fonds de commerce. Comment savoir ? C'est le juge qui dans chaque cas tranche et apprécie souverainement. Les locataires gérants sont preneur à bail du fonds qu'ils ne possèdent pas car ils n'ont pas réuni la clientèle.

- **Les sociétés à objet civil et à forme commerciale.** Une société peut être commerciale par la forme quelque soit son objet, en fait c'est un peu imparfait ; on parle de l'imparfaite commercialité. Tous les actes effectués par les personnes commerciales sont commerciaux. Il n'en demeure pas moins que pour ce qui concerne l'application du statut des baux commerciaux ça leur ait refusé par la jurisprudence car elles n'exploitent pas un fonds de commerce (CA Paris 14/11/1959). Exploiter un fonds de commerce supposerait l'accomplissement d'actes de commerce par nature et pas seulement d'acte de commerce par accessoire. C'est une distinction purement jurisprudentielle. On est conduit à distinguer selon qu'il y a ou non des rapports de clientèle.
- S'il y en a on peut considérer que la société a la qualité commerciale, que ces actes sont commerciaux qu'elle a une clientèle donc on ne peut pas lui refuser le régime des baux commerciaux.
- S'il n'y a pas de rapports de clientèle il est difficile de ne pas refuser l'application du régime des baux commerciaux car il est difficile de dire qu'elle possède un fonds de commerce ; ici cette exclusion est la règle.
- **Les exploitants à clientèle non autonome :** là il s'agit d'exploitants ayant une activité commerciale et des rapports de clientèle mais on considère qu'ils n'ont pas de fonds de commerce car la clientèle ne leur est pas spécifique ex : les exploitations dans l'enceinte d'un ensemble plus vaste. S'il n'y a pas de fonds de commerce on applique pas le régime de baux commerciaux ; cette jurisprudence a été appliquée aux pompistes de marques.

#### b) **L'immatriculation au RCS :**

Elle est nécessaire pour bénéficier du régime des baux commerciaux (loi de 1965 adoptée pour briser une jurisprudence contraire article L 145-1). Par l'immatriculation au RCS on devient commerçant de droit. Tout propriétaire d'un fonds de commerce non immatriculé au RCS ne peut pas bénéficier des baux commerciaux ; on a tendance à lier l'exercice du droit à la publicité et on renforce le rôle du RCS. Il faut avoir immatriculé l'établissement principal et les établissements secondaires.

Quand apprécie-t-on que cette condition est remplie ? Au jour de la délivrance du congé ou au jour de la demande de renouvellement ; une fois radié du RCS on ne peut plus demander le renouvellement du bail. Cette condition permet de répondre à la question : une association peut-elle être titulaire d'un bail commercial ? La réponse est non car une association ne peut jamais être immatriculée au RCS ; une association peut avoir une activité commerciale mais elle ne pourra pas bénéficier d'un bail commercial.

S'il y a plusieurs propriétaires (preneurs) du fonds de commerce et qu'ils sont tous inscrits au RCS il y aura co-titularité du bail ; la condition doit être remplie par chacun des co-indivisaires. Pour les époux : si le fonds de commerce est un bien commun il suffit que l'un ou l'autre soit inscrit au RCS.

## **1. Les conditions relatives au contrat de bail :**

Pour que le statut des baux commerciaux s'applique il faut qu'il y ait un contrat de bail ; certains contrats demeurent hors champ d'application en raison de leur nature ou de leur durée (ce ne sont pas des baux).

Il y a trois grandes exclusions.

### **L'exclusion de certains baux de nature particulière :**

Il y a ici trois baux :

- Le bail emphytéotique : le contrat qui confère au preneur un droit réel sur la chose est exclu du régime des baux commerciaux. Ce bail est un bail de longue durée entre 18 ou 99 ans. Il confère un droit réel sur la chose et enfin il y a une situation contractuelle particulière pour chaque partie, le bailleur est dégagé de toute obligation. Ce qu'il faut ici relever c'est que c'est doublement avantageux pour le bailleur car il n'est pas assujéti aux règles de révision du loyer et le preneur ne peut pas à l'expiration exiger le renouvellement.
- Deuxième bail particulier exclu : le bail à construction de la loi de 1964.
- La concession immobilière : loi d'orientation foncière du 30/12/1967 : cette concession assure la jouissance au concessionnaire pour une durée de 20 ans minimum et moyennant le paiement d'une redevance. Quel rapport avec le bail commercial ? La concession immobilière est un substitut du bail commercial donc elle ne cumule pas ses avantages avec ceux de l'autre. Le concessionnaire peut l'interrompre à son gré dans les 6 premières années.

### **Sont exclus également les baux de courte durée :**

Il faut distinguer deux choses :

- Les baux inférieurs à 2 ans.
- Les conventions d'occupation précaire.

Les baux inférieurs à 2 ans (article L 145-5 du Code de Commerce). Les parties ne sont pas tenues de conclure un bail commercial, elles peuvent au moment de l'entrée du preneur dans les lieux déroger au statut du bail commercial à condition que le bail ait une durée maximum de deux ans. Autrement dit le premier bail peut être dérogatoire. Cette liberté contractuelle est fragile car si à l'expiration de ce bail le locataire reste dans les lieux sans opposition du bailleur il s'opère un nouveau bail selon les règles du droit commercial : bail commercial de 9 ans il y a un effet mécanique de substitution. Une fois acquis ce droit à un bail de 9 ans (par le preneur) il peut y renoncer et reprendre un bail de 2 ans.

A côté de cette hypothèse de l'article il y a les conventions d'occupation précaire. Ici la précarité vient de la volonté des parties qui entendent ne s'engager que de façon provisoire pour une durée limitée du fait de circonstances particulière. Il ne faut pas que la volonté soit de frauder aux dispositions d'ordre public.

### **Sont exclus certains contrats autres que le bail :**

Ca va s'en dire. Il y a ici trois types de contrats :

- Les concessions et autorisations administratives : ici il y a révocabilité ad nutum.
- Les magasins collectifs de commerçants indépendants L 125-1.
- Le contrat de crédit bail immobilier : c'est un contrat de bail mais il a aussi une composante plus forte avec le crédit donc on l'exclut du champ des baux commerciaux.

### **Paragraphe II : Objet du statut des baux commerciaux :**

L'objet est de mieux protéger, c'est un statut de protection ; il s'agissait de protéger la stabilité du fonds de commerce à l'expiration du bail. Aujourd'hui on cherche à protéger l'équilibre de l'exploitation et les intérêts de l'exploitant tout au long de l'exécution du contrat. Cet objectif a des incidences sur les relations entre le bailleur et le locataire qui sont dominées par une série de mesures (article L 145-15) de mesures d'ordre public.

Toutes ces mesures ne couvrant pas l'ensemble des relations entre les parties ; ça modifie le droit commun mais les parties restent soumises aux règles générales du louage d'immeuble. Les règles d'ordre public spéciales au bail commercial protègent le locataire pendant le bail et en fin de bail.

#### **A. Les règles générales du louage d'immeuble :**

Ces règles générales sont relatives les unes au fond du droit et les autres à la procédure.

##### **1. Les règles relatives au fond du droit :**

Les articles 1713 à 1762 du Code Civil portent sur le louage de biens meubles et immeubles ces

règles intéressent la conclusion du contrat, les obligations des parties et la résiliation du contrat.

##### **a) La conclusion : on a deux points :**

- Qui a pouvoir pour donner à bail ? Donner à bail est normalement un acte d'administration que peut accomplir toute personne habilitée à effectuer des actes de gestion sur les biens d'autrui mais ça ne s'applique pas aux baux commerciaux qui eux sont considérés comme des actes de disposition car il y a un droit du preneur au renouvellement. Il y a des règles spéciales de pouvoir qui s'appliquent pour les baux commerciaux.
- Si le bien donné à bail est commun aux époux : les deux doivent accepter.
- Au cas où le bien donné à bail est démembré en usufruit et nu propriété le nu propriétaire doit donner son accord en plus de celui de l'usufruitier (article 595-4 C. Civ). Si le nu propriétaire refuse l'usufruitier peut être autorisé en justice à passer seul cet acte.

- Problème de forme : le Code Civil distingue les baux écrits et verbaux (article 1736 1737 du Code Civil). Sans écrit (1736) avec écrit (1737). La distinction posée par le Code Civil cache en réalité une autre : celle entre le bail à durée déterminée et le bail à durée indéterminée. Un bail verbal est toujours réputé à durée indéterminée.

En matière de baux commerciaux (article L 145-4) on s'écarte de ces exigences : il y a pour les baux commerciaux une durée minimale de 9 ans et en pratique le bail commercial donne toujours lieu à rédaction d'un écrit. Le régime de preuve est le régime de droit commun de la preuve entre commerçants, mais en pratique on ne manque pas de rédiger un écrit.

### **b) Les obligations des parties :**

Il faut revenir aux articles 1719 et 1729 du Code Civil.

- Le locataire doit jouir des lieux loués en bon père de famille il doit les garnir de meubles suffisant, payer les loyers, faire les réparations locatives, ne pas interrompre l'exploitation.
- Le bailleur lui doit délivrer les lieux en bon état d'entretien et il doit en garantir la jouissance paisible.

Le problème qui se pose est de savoir si le bailleur, s'agissant des autres locaux vacants qu'ils louent à d'autres commerçants, garde sa liberté et peut en faire ce qu'il veut alors qu'elle sont à côté de celles louées ? Peut-il faire lui-même concurrence au locataire ou peut-il consentir à un co-locataire un bail pour une activité concurrente ? Pour répondre il faut distinguer selon qu'il y a ou non une garantie d'exclusivité consentie au locataire :

- **S'il y a une clause spéciale** : clause d'exclusivité pour l'exercice du commerce ou clause de non concurrence. Souvent dans les contrats de bail d'un même ensemble immobilier on stipule ce genre de clauses, chaque bailleur s'oblige à ne pas concurrencer les autres. Deux précisions :
  - Ca ne vaut que pour l'activité principale du locataire et non pas pour les activités annexes, complémentaires... Il est tolérable selon la jurisprudence qu'il y ait des zones marginales communes.
  - En cas de violation de cette clause il y a une possibilité d'action en manquement contractuel contre le bailleur qui devra réparer le préjudice ou faire cesser l'activité. Y a-t-il un recours contre l'autre locataire qui fait concurrence ? La réponse est négative ; il n'y a pas de recours s'il s'est borné à mettre en œuvre les droits qu'il tient de son bail ; par contre s'il avait connaissance de la clause d'exclusivité la solution est différente. Si l'autre locataire exerce l'activité au mépris d'une clause prévue dans le bail qu'il a conclu, le concurrencé pourra alors agir selon l'action oblique à la place du bailleur ou sur la base de l'article 1382 du Code Civil.
- **S'il n'y a pas de garantie contractuelle** : le bailleur doit-il protéger le locataire contre la concurrence qu'il pourrait lui faire ? Y a-t-il une obligation de non concurrence qui existe de plein droit en l'absence de clause ? En pareil cas la clause ne ferait qu'aménager cette obligation. Réponse : non il n'y a pas d'obligation de non concurrence de plein droit ; le bail commercial n'emporte pas une obligation de non

concurrence automatique à l'égard d bailleur Civ 3<sup>ème</sup> 16/03/1976 " le bailleur doit garantir au preneur la jouissance de la chose louée mais il n'a pas l'obligation de garantir la jouissance du commerce exercé dans les lieux ".

Le bailleur a une obligation de garantie de jouissance paisible mais ça ne veut pas dire jouissance fructueuse : le bailleur peut donc exercer un commerce concurrent. Le vrai critère est le suivant " le critère de l'existence ou non d'une obligation de non concurrence à la charge d'un contractant doit être trouvé **dans la présence ou l'absence de l'élément clientèle dans le contenu du contrat** ".

Si on garantie au co-contractant la jouissance d'une clientèle alors cet élément est dans le contrat et on ne peut pas lui faire concurrence. Si on se borne à mettre à disposition un élément matériel là l'élément clientèle est extérieur au contrat donc il n'y a pas obligation de non concurrence.

Cas : Il y a quelques années Air France exploitait la ligne Paris Nice avec des avions loués à une compagnie régionale. Quelques années plus tard la compagnie régionale décide d'exploiter la ligne elle-même d'où une concurrence pour Air France. Existe-t-il à la charge du sous-traitant une obligation de non concurrence ? Dans ce contrat d'affrètement l'élément clientèle faisait-il parti du contrat ? Non donc l'affrété n'avait pas de dette de non concurrence et pouvait exploiter lui-même à son compte il aurait fallu pour éviter cela préciser une clause de non concurrence.

### **c) La résiliation du bail :**

Il y a trois cas de résiliation du bail :

- L'hypothèse de destruction de l'immeuble article 1722 du Code Civil : c'est l'application de la théorie des risques.
- L'hypothèse de la résiliation pour inexécution par l'une des parties de ses obligations. En général il y a à cet égard une clause résolutoire expresse stipulée au contrat et alors la résiliation intervient de plein droit. S'il n'y a pas de clause expresse on applique le droit commun de l'article 1184 du Code Civil. Cette résiliation doit résulter d'une inexécution fautive (ça ne marche pas si l'inexécution est un cas fortuit) et grave. Le juge apprécie souverainement (ex : défaut de paiement, trouble aux voisins, cessation d'activité). Cette résiliation de droit commun de l'article 1184 du Code Civil n'est assujettie à aucune condition de forme. Si on compare à l'article L 225-17 on se rend compte qu'il est plus facile d'obtenir la résiliation en cours de bail qu'à la fin.
- Il faut protéger les créanciers inscrits sur le fonds. Le bailleur doit leur notifier sa demande de résiliation et le jugement de résiliation (article L 143-2) ne peut intervenir qu'un mois après notification car il faut donner aux créanciers un moyen de sauvegarder leur gage. Le bail en est un élément important, les créanciers peuvent payer le loyer en retard et seront alors subrogés dans les droits du bailleur et ils éviteront la disparition du fonds de commerce. Si la notification n'a pas été faite ils peuvent intenter une action en tierce opposition contre le jugement de résiliation et il y a alors rétractation entre toutes les parties.

### **1. Les règles relatives à la compétence :**

Il y a deux choses simples :

- Il y a un statut spécial des baux commerciaux : tous les procès qui le concerne relèvent du TGI ou de son Président. Très précisément : il y a compétence exclusive du Président du TGI pour les contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé quelques soit son montant. Les autres contestations (tout sauf le prix) relèvent du TGI. C'est le Code de l'organisation judiciaire article R 312-3 qui nous le dit.
- Ca ne veut pas dire que tout le contentieux est un bloc de compétence, il y a d'autres litiges possibles qui eux relèvent du droit commun du bail ou des obligations. Ces litiges sont soumis à la juridiction normalement compétente : le tribunal de commerce et non plus le TI comme c'était le cas jusqu'à un texte du 28/12/1998 qui a modifié l'article R 331-2 du COJ.

Autrement quand un litige intervient il faut se demander si ça relève du droit spécial :

- Si oui c'est le TGI qui est compétent ou son Président pour le prix.
- Si non c'est le TC.

C'est une répartition de compétence éclatée qui pose des problèmes. Voyons maintenant le droit

spécial du bail commercial qui se compose de quelques règles qui sur certains points modifient le droit commun.

#### **A. La protection du locataire en cours de bail :**

Il y a un certain nombre de dispositions : 5 précisément :

- La durée du bail.
- Le calcul des loyers.
- La déspécialisation.
- La cession et la sous-location.
- La résiliation de plein droit.

Sur ces cinq points il y a des règles spéciales qui ont un caractère d'ordre public (article L 145-5)

##### **1. La durée du bail :**

On va voir le principe et les possibilités de résiliation anticipées.

Le principe est que la durée du bail ne peut pas être inférieure à 9 ans (article L 145-4). Pourquoi cette longue durée ? On veut inciter le locataire à investir : on veut qu'il soit assuré d'avoir le temps de récupérer un retour sur cette investissement. 9 ans c'est un minimum (plancher) on peut conclure pour une durée plus longue, ce plancher s'applique même aux baux à terme incertain. Ex : on donne à bail jusqu'à son mariage. En toute hypothèse la 1<sup>ère</sup> période de 9 ans devra être respectée. Cette durée de 9 ans s'appliquent même quand on a

stipulé un bail à période 3,6,9 (c'est un bail dont la durée totale est formée par plusieurs périodes successives, un congé pouvant être donné par l'une ou l'autre des parties à chaque fin de période). Ca veut dire que le bailleur devra respecter 9 ans minimum puis pourra ensuite donner congé à la fin d'une période.

Il y a aussi des possibilités de résiliation anticipées. Il faut les différencier selon qu'elles émanent du bailleur ou du locataire :

- Le locataire peut donner congé à la fin de chaque période triennale (article L 145-4) dans les formes et délais de l'article L145-9 (préavis de 6 mois) c'est à la discrétion du locataire.
- Le bailleur voit quant à lui sa prérogative conditionnée, ce n'est que dans le cadre de son droit de reprise qu'il a la faculté de résilier de façon anticipée (ex : reconstruction...). Chaque fois qu'il en va de l'intérêt de l'immeuble il a la faculté de donner congé à la fin d'une période triennale (article L 145-4).

Il y a aussi le cas particulier des baux de moins de 2 ans.

### **1. Le calcul des loyers :**

Payer le loyer est une obligation essentielle du locataire. Il faut distinguer trois types d'obligations pécuniaires :

- Le pas de porte.
- Le loyer.
- Les charges locatives.

#### **a) Le pas de porte :**

On appelle pas de porte une somme que paye le locataire en entrant dans les lieux (conclusion du contrat). Est-ce licite ? Oui mais on s'interroge sur sa nature juridique : on hésite sur deux qualifications :

- On peut y voir un supplément de loyer : en effet rien dans les textes n'oblige à payer le loyer en tranches successives ; on peut demander le paiement par avance d'une partie du loyer.
- On peut y voir le prix du droit de bail : quand on donne à bail on diminue la valeur du bien qui devient indisponible donc on contrebalance cette perte par le prix du pas de porte.

Quels sont les enjeux pratiques ?

- Si le " pas de porte " est un loyer, le paiement par avance va être pris en compte dans la révision périodique du loyer. Dans la fixation du nouveau loyer on devra additionner le loyer et le pas de porte pour avoir la base sur laquelle appliquer l'indice d'augmentation.

- Lorsque le locataire est évincé : refus de renouvellement du bail il a droit à une indemnité : les frais de réinstallation.
  - Si le pas de porte est le prix du droit au bail il augmente le prix de réinstallation.
  - En revanche il ne sera pas pris en compte pour ces frais, si c'est un simple supplément de loyer.

La cour de Cassation n'a pas pris parti par voie de principe ; elle dit que tout dépend de l'intention des parties. Généralement le pas de porte est analysé comme le prix du droit au bail ; c'est compliqué par le fait qu'il y a une corrélation entre le montant du pas de porte et celui des loyers. Plus le prix est haut et plus bas sera le prix du pas de porte et vice versa. Donc le pas de porte prend pour partie le prix du loyer et vice versa.

Pour éviter ces problèmes on choisit parfois de renoncer au pas de porte, le loyer est alors plus substantiel. On peut convenir que le pas de porte sera versé au fur et à mesure de la location c'est ce que l'on appelle un " bail à l'américaine " le pas de porte reste tout de même le prix du droit au bail.

### **b) Le loyer :**

#### **γ) le loyer initial :**

Le loyer initial est fixé à l'entrée puis il est révisé tous les trois ans.

- Le loyer initial est fixé librement peu importe les loyers des locaux voisins ou celui du précédent locataire.
- La révision triennale : les loyers peuvent être révisés à la demande de l'une ou l'autre des parties, on pourrait imaginer un loyer intangible ; alors même qu'il a été stipulé comme tel et par dérogation à l'article 1134 du Code Civil l'une ou l'autre des parties peut demander la révision du loyer : ça vise à protéger le bailleur contre le risque d'inflation.

Tous les trois ans le législateur a mis en place (article L 145-38) une procédure de révision (article

L 145-33 et suivants du Code de Commerce). Cette procédure de révision est destinée à sauvegarder les intérêts du bailleur et à plafonner la hausse. Qui est compétent pour en connaître ? Le Président du TGI.

L'article L 145-33 pose le principe : le montant révisé doit correspondre à la valeur locative qui est la clé de voûte des loyers commerciaux. La valeur locative est une valeur fixée à partir de certains éléments pris en considération :

- Caractéristiques du local texte : ça vient d'un texte non codifié car réglementaire (article 23-1 à 23-5 du décret du 30 Septembre 1963).
- Destination des lieux.
- Obligation des parties.
- Facteurs locaux de commercialité.
- Les prix couramment pratiqués dans le voisinage.



Cette valeur locative est dans la réalité largement inférieure à la valeur du marché. La valeur locative est déterminée tous les trois ans.

Principe : on applique la technique du double plafond :

On calcule un loyer réévalué à partir de la valeur locative

On calcule un loyer réévalué à partir la variabilité de l'indice INSEE du coût de la construction.

Le bailleur a droit à obtenir la plus petite somme des deux. On procède aussi au calcul en sortie de bail et on peut imputer c'est le système du double plafond alternatif :

Il y a néanmoins une exception : **le système de la double preuve** : si l'on prouve qu'il y a eu **à la fois** une modification des facteurs locaux de commercialité et que cette modification a entraîné une variation de 10% de la valeur locative **alors on peut déroger au système du double plafond et augmenter le prix du bail au-delà des doubles plafond car on estime que le loyer initial est devenu inadéquat : c'est une révision hors plafond.**

Il se peut aussi qu'en période de déflation l'évolution vaille à la baisse et là encore on peut utiliser le système de la double preuve mais dans le sens inverse. **Dans cette hypothèse le loyer d'origine est le plancher de la baisse.** Il y a eu 5 ans d'hésitation doctrinale et jurisprudentielle pour appliquer ces règles et on est finalement revenu au point de départ avec l'article 27 de la loi MURCEF de 2001. Voyons les différentes étapes de l'évolution :

- Les origines de la tempête : l'arrêt " privilèges " Civ 3<sup>ème</sup> 24/01/1996 a autorisé la révision triennale du loyer à la baisse sans autre limite que la valeur locative. Ça a déclenché une tempête doctrinale avec ceux qui eux voulaient un plancher avec le système de la double preuve. Cette décision était bonne pour le preneur mais c'était mauvais pour le bailleur car ça supprime l'assurance d'un flux régulier et stable.
- Les juges du fond dont notamment la Cour d'Appel de paris ont résisté à cette jurisprudence.
- La jurisprudence " privilèges " a été réitérée par 8 arrêts de la 3<sup>ème</sup> Civile du 30/04/2001.
- Le législateur est intervenu dans la loi MURCEF, l'article 26 a modifié l'article L 145-38 " Par dérogation aux dispositions de l'article L. 145-33, et à moins que ne soit rapportée la preuve d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10 % de la valeur locative, la majoration ou la diminution de loyer consécutive à une révision triennale ne peut excéder la variation de l'indice trimestriel du coût de la construction intervenue depuis la dernière fixation amiable ou judiciaire du loyer ". Le législateur a fait obstacle à la jurisprudence donc on est revenu au point de départ.

### **β) Les clauses contractuelles de révision :**

Les parties ont souvent l'idée de stipuler de telles clauses : soit ce sont des clauses d'échelle mobile soit ce sont des clauses de recettes :

- Les clauses d'échelle mobile : ce sont des clauses par lesquelles on fait varier une somme dans la même proportion que celle d'un indice pris comme référence (article L 112-2 du CMF). Cette clause est valable si elle est en rapport direct avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti. A quoi cela sert-il ? La variation ici est annuelle et non triennale et le jeu est encadré car chaque fois que le jeu de la clause entraîne une augmentation de plus d'un quart par rapport au dernier loyer arrêté, la révision triennale peut être demandée.
- La clause de recette ou clause de loyer variable : cette clause fait varier le montant du loyer en fonction du chiffre d'affaire ou de la recette du locataire, c'est fréquent dans les locaux des centres commerciaux. Ça permet de fixer un loyer initial bas puis de profiter de l'essor de l'exploitation si toutefois il y a essor.

Pour la Cour de Cassation c'est licite mais l'article L 145-1 du Code de Commerce frappe de nullité les clauses qui auraient pour objet de faire échec à la révision triennale.

La révision spéciale est ici inapplicable alors même que la clause de recette ne porterait que sur une partie du loyer.

### **c) Les charges locatives :**

Ce sont des dépenses qui ont été faites par le propriétaire et qui sont répercutées sur le locataire qui doit les payer en plus du loyer (ex : le chauffage, la taxe d'ordure ménagère). Au moment de la conclusion du contrat les parties sont libres de déterminer les charges qui seront répercutées sur le locataire, au moment de la révision ou du renouvellement les charges locatives sont prises en compte pour fixer le nouveau loyer car la valeur locative dépend des obligations respectives des parties.

#### **1. La déspécialisation :**

C'est le droit de changer l'affectation des lieux loués, la nature du commerce (article L 145-47).

Jusqu'en 1965 c'était interdit, la plupart des baux précisait la nature du commerce et les baux interdisaient le changement car l'article 1728 du Code Civil prévoit que le preneur est tenu de jouir de la chose conformément à la destination qui est prévue au bail.

Il y avait des inconvénients : ça figeait les structures et empêchait l'évolution. Les textes ont été modifiés en 1965 pour permettre une déspécialisation partielle ou une déspécialisation plénière (changer totalement l'affectation du bail : article L 145-48). Il faut que ce changement soit autorisé par le bailleur, si le refus du bailleur n'est pas justifié par un motif grave ou légitime, le TGI peut prononcer la déspécialisation. Ex de refus légitime : la nouvelle activité est une de celle exercée dans un local voisin alors que le bailleur s'est interdit la concurrence.

La déspécialisation n'est pas un droit c'est une mesure exceptionnelle : sa portée modifie le statut des baux commerciaux, on protège le locataire en temps que tel. Le critère à prendre en compte est la conjoncture économique.

#### **2. La cession et la sous-location :**

L'article 1717 du Code Civil dispose que le locataire peut sous louer ou céder son bail si ça ne lui

pas été interdit. Le statut des baux commerciaux applique un régime différent à l'égard de ces différentes opérations :

- La cession du bail est libre lorsque elle s'accompagne de la vente du fonds de commerce. Si on dissociait les deux on compromettrait la valeur du fonds.
- Pour la sous-location par contre, le code de commerce est rigoureux car il redoute des cascades de droits et de personnes qui peuvent être injustifiées.

#### **a) La cession de bail :**

Un bail est conclu " intuitu personae " donc il devrait être incessible mais il conditionne la valeur du fonds de commerce ; donc on ne peut pas les dissocier et on admet la possibilité de céder le bail avec le fonds, l'article L 145-16 déclare nulles les clauses contraires. C'est l'aspect de la propriété commerciale. On vise à sauvegarder la valeur patrimoniale du fonds de commerce. C'est contraire au principe de droit commun article 1717 donc les clauses contraires doivent être strictement interprétées mais :

- Est valable la clause qui autorise la cession isolée du bail. Cette clause est strictement interprétée. Si le bail est cédé avec une partie du fonds (article L 145-16 al2), on applique la cession s'il y a une unité autonome. Le locataire qui prend sa retraite peut céder le bail sans le fonds, de même en cas de transmission universelle.
- Est valable " la clause d'agrément " par laquelle le bailleur peut refuser le nouveau preneur mais il faut des motifs légitimes pour refuser le nouveau preneur sinon le tribunal peut passer outre.

La cession de bail est regardée comme une cession de créance d'où l'application de l'article 1690

du Code Civil : signification au débiteur ou acceptation dans un acte authentique. L'effet de la cession est de placer le cessionnaire dans la situation exacte du cédant : même locaux et même loyer. Il ne faut pas confondre avec la sous-location.

#### **b) La sous-location :**

Elle ne se confond pas avec la cession de bail car le locataire primitif est toujours locataire, il prend la qualité de bailleur dans un second contrat de bail qu'il conclut avec le sous-locataire qui est un tiers pour le bailleur original.

Pourquoi la sous-location ? Car le locataire primitif peut ainsi tirer profit d'une partie du local pour laquelle il n'a pas d'emploi. Peut-il sous louer ? L'article L 145-31 pose la solution inverse de celle du droit commun : toute sous-location est interdite sauf stipulation contraire du bail. On ne peut sous-louer qu'avec l'accord du bailleur (article L 145-31 al 4 et 5) donc le propriétaire est appelé à participer au second contrat de bail locataire sous-locataire.

Si l'agrément est donné la sous-location est licite et les rapports locataire sous-locataire seront les mêmes que ceux entre le bailleur principal et le locataire principal. Le sous-locataire possède la propriété commerciale dans les mêmes limites que le locataire principal. Il ne faut pas confondre location des murs et du fonds ; le fonds est un ensemble de biens quand on le donne en location-gérance le locataire est commerçant et il prend à bail le fonds ; ce n'est donc pas une sous-location prohibée du local ; c'est un contrat distinct. Ceci dit la jurisprudence reconnaît la validité des clauses interdisant la location gérance pour l'exploitation du fonds Civ 3<sup>ème</sup> 23/11/1993.

# **1. Le régime des clauses de résiliation de plein droit :**

Il peut n'y avoir aucune clause de ce type dans le bail, en ce cas on applique le droit commun de

l'article 1184 du Code Civil. S'il y a une clause de résiliation pour le cas de manquement à ses obligations par le locataire ces clauses ne dispensent pas de recourir au juge ; l'application de l'article 1184 du Code Civil consiste pour le juge à se demander si l'inexécution est suffisamment grave pour justifier la résiliation. S'il y a une clause le rôle du juge se limite à vérifier que les conditions d'application de cette clause sont remplies ce qui a entraîné la résiliation. Ces clauses sont licites mais il faut protéger le locataire, il ne faut pas de disproportions entre l'inexécution et la sanction, donc le législateur est intervenu. Il y a deux systèmes :

- Un système général.
- Et le cas précis du redressement ou de la liquidation judiciaire.
- Le régime général est aux articles L 145-41 et suivants. Ce n'est pas seulement le non paiement du loyer qui est sanctionné. On peut aussi considérer d'autres causes. La résiliation n'intervient qu'un mois après signification d'un exploit d'huissier (commandement), il faut qu'il soit resté infructueux et qu'il indique le titre exécutoire (le fondement) sur lequel il est exécuté (il faut un acte authentique ou un jugement). Il y a des délais (article L 145-41 al 2) prévu par le texte : tant que la résiliation n'a pas été constatée ou prononcée par décision de justice le bail n'est pas résilié et le locataire peut toujours se libérer dans les conditions indiquées par le juge (les articles 1244 et suivants du code civil autorisent le juge à reporter ou rééchelonner les dettes) ; tant que le locataire ne manque pas à ces délais il n'y a pas résiliation. Les clauses prévoyant la résiliation pour non exploitation du fonds sont paralysées en cas de déspécialisation ; cette durée ne peut excéder 6 mois (article L 145-42).

Et puis il y a le droit spécial du redressement et de la liquidation judiciaire ; on ne peut pas stipuler

que le bail est automatiquement résilié (article L 145-45) par l'ouverture d'une procédure collective. Cet article répute non écrites toutes ces clauses. Que peut faire le bailleur quand le locataire fait l'objet d'une procédure collective ? Il faut distinguer les loyers à payer avant et après le jugement d'ouverture de la procédure collective.

- Avant le bailleur peut obtenir la résiliation pou non paiement de ces loyers.

- Si aucune clause n'est prévue pour un tel cas toute action est impossible du fait de la règle de la suspension des poursuites individuelles. Le bailleur doit déclarer le montant de ses créances au passif de la procédure ; s'il ne le fait pas elles sont éteintes : après il ne peut qu'attendre.
- En présence d'une clause : là ce que peut faire le bailleur c'est de demander au tribunal de constater que le jeu de la clause a été acquis avant le jugement d'ouverture et là il y a un pouvoir d'appréciation du tribunal ce qui conduit à considérer qu'on ne peut pas dire que le seul fait du non paiement entraîne l'acquisition de la clause ; le tribunal doit apprécier. Il y a beaucoup de points qui sont des questions de fait à apprécier.
- Pour les loyers qui viennent à échéance postérieurement au jugement si on veut que le créancier continue à fournir sa prestation il faut le payer ; seul l'administrateur de la procédure a le pouvoir d'exiger la continuation des contrats en cours ; il doit alors payer sinon le bailleur peut demander la résiliation, la seule limite est l'article 621-29 : l'action ne peut pas être introduite dans les deux premiers mois de l'ouverture.

Si le fonds n'est pas exploité pendant la période d'observation ça n'entraînera pas la résiliation du bail.

#### **A. Protection du locataire à l'expiration du bail :**

Qu'est ce qui se passe à la fin du bail ? L'origine du statut des baux commerciaux est ici ; c'est le cœur de la matière ; ici la protection consiste à attribuer au locataire la propriété commerciale ; terme qui désigne le droit pour le locataire d'obtenir certaines conditions comme le renouvellement du bail venu à échéance. Il a droit soit au renouvellement soit à une indemnité d'éviction. Contrairement au droit rural ici le bailleur a l'option de ne pas renouveler mais la valeur de cette indemnité est égale à la valeur du fonds de commerce donc il le fera rarement. Le propriétaire a la possibilité de reprendre la jouissance des locaux en versant une indemnité d'éviction.

On va voir les conditions et la réalisation.

##### **1. Les conditions du droit de renouvellement :**

C'est au moment du renouvellement qu'on se demande si on est dans le cadre du bail commercial : on cherche donc la présence des trois conditions du bail commercial. Ici il s'agit non pas d'appliquer le statut mais le droit au renouvellement il y a donc trois conditions spéciales en plus :

- Le bénéficiaire du droit.
- L'exploitation du fonds.
- L'absence d'exception de droit au renouvellement.

##### **a) Les bénéficiaires :**

Qui bénéficie de ce droit ? Il y a à l'article L 145-12 une condition de nationalité : cette option est réservée aux locataires de nationalité Française, mais aussi aux étrangers quand il y a réciprocité dans leur pays et aux ressortissants communautaires. L'article L 145-8 nous

apprend que seul le propriétaire du fonds exploité peut invoquer ce droit au renouvellement. Le propriétaire du fonds est généralement l'exploitant du fonds qui est le locataire du local ; mais voyons tout de même quatre précisions :

- **En cas de location-gérance** : le locataire gérant est une personne qui prend à bail le fonds de commerce ; l'article L 145-8 nous dit que seul le propriétaire peut demander le renouvellement : ici ce sera donc le propriétaire du fonds qui devra demander ce renouvellement bien qu'il n'exploite pas lui-même le fonds.
- **En cas de sous-location** : le sous-locataire est dans une relation de preneur à bailleur par rapport au bailleur secondaire qui est lui locataire du bailleur principal. Le sous-locataire a pourtant un droit direct au renouvellement si le propriétaire l'a agréé. Au moment du renouvellement le lien de sous-location disparaît car un lien direct se crée entre le sous-locataire et le bailleur principal. Si la sous-location est partielle le locataire principal garde le droit au renouvellement pour la partie qu'il occupe personnellement. L'idée est que pour l'autre partie il est inutile de maintenir cet intermédiaire inutile. Il y aura donc deux contrats de bail : un entre le bailleur principal et le locataire d'origine et un entre le bailleur principal et le sous-locataire ; on supprime l'intermédiation pour éviter des frais, des marges inutiles... Dans l'hypothèse où les locaux sont indivisibles on ne peut pas appliquer cette division donc l'ancien locataire principal aura droit au renouvellement pour le tout. Si l'ancien locataire principal a sous-loué l'intégralité des locaux on applique l'article L 145-8 alors il n'a pas droit au renouvellement, seul le sous-locataire a droit au renouvellement et il remplace l'ex bailleur principal.
- **En cas de crédit bail** : le droit au bail peut faire l'objet d'un contrat de crédit bail codifié à l'article L 313-7 du CMF. Un établissement de crédit spécialisé achète le droit au renouvellement et donne les locaux en location au crédit preneur qui peut racheter à la fin le droit au renouvellement qui est dévolu par la loi au crédit bailleur. Il s'agit à la fois d'une cession isolée et d'une sous-location.
- **En cas de franchise** : la franchise est un contrat de distribution intégré qui consiste pour une marque connue à donner à un tiers un savoir faire et une marque ainsi le franchiseur encaisse des royalties et le franchisé bénéficie de la clientèle de la marque. Ici le problème vient de la définition même de fonds de commerce ? La caractéristique du fonds c'est la propriété de la clientèle mais ici : qui a la propriété de la clientèle ? Si c'est le franchiseur alors il n'y a pas de fonds de commerce pour le franchisé qui ne peut pas bénéficier de la propriété commerciale si c'est le franchisé il n'y a pas de problèmes. Il n'y a pas de réponse de principe général, la jurisprudence considère qu'il faut rechercher au cas par cas la part de chacun (franchiseur / franchisé) dans le développement de la clientèle. Un jugement du TGI de Paris 24/11/1992 avait dégagé cette idée d'une question de fait depuis la Cour de Cassation a consacré cette solution.

#### **b) L'exploitation du fonds de commerce :**

Le droit au renouvellement du bail ne peut être invoqué que par le propriétaire du fonds de commerce et ce fonds doit avoir fait l'objet d'une exploitation effective au cours des trois années ayant précédé l'expiration du bail (article L 145-8). Ce fonds peut avoir été transformé, en effet ce texte n'exclue pas la déspecialisation mais il faut qu'il y ait eu une exploitation effective.

Exploitation effective ne veut pas forcément dire personnelle, ce qui supprime le problème en cas de cession du fonds ou de location-gérance, sauf si le contraire était stipulé (il est possible de stipuler une clause d'exploitation personnelle Civ 3<sup>ème</sup> 14/11/1996). L'article L 145-8 prévoit que le fonds peut avoir été transformé suite à une déspecialisation, elle peut être intervenue dans les trois ans qui précèdent.

Finalement l'exigence légale d'une exploitation effective exclue du bénéfice de la propriété commerciale le locataire qui a fait l'acquisition du bail isolément dans les trois années précédentes l'expiration et qui a entrepris d'exploiter une nouvelle activité ; dans ce cas la jurisprudence refuse le droit au renouvellement lorsqu'il est demandé par l'acquéreur du droit au bail. L'idée générale est qu'on admet la cession du droit au bail en tant qu'accessoire de la cession de l'entreprise, au contraire on admet difficilement la cession isolée du droit au bail (ce qui intervient quand le fonds de commerce n'est plus transmissible faute de valeur). L'acquéreur du droit au bail isolé n'a pas droit à la propriété commerciale donc au renouvellement du bail (Civ 3<sup>ème</sup> 23/02/1983 et 4/05/1994).

Ex : Civ 3<sup>ème</sup> 23/02/1983. Dans cette hypothèse on avait un bail tout commerce cédé à un acheteur moins de 3 ans avant la fin du bail ; l'acheteur a exercé une autre activité ; le droit au renouvellement suppose l'exercice du même fonds sur les trois dernières années ; l'achat isolé d'un bail peut être un piège.

### **c) L'absence d'une exception au droit au renouvellement :**

Il ne faut pas être dans l'un des deux cas prévus par les textes :

- Si le bailleur a un motif grave ou légitime de ne pas renouveler.
- L'exercice du droit de reprise par le bailleur.

L'hypothèse des motifs graves ou légitimes (article L 145-17), le bailleur peut en ce cas refuser le renouvellement du bail sans avoir à payer d'indemnisation. Que peut-être un motif grave ou légitime ? Ce peut être la violation d'une obligation contractuelle par le locataire (ex : le locataire a changé la destination des lieux loués sans autorisation ; il a sous-loué sans agrément du bailleur, il ne paye pas les loyers, il n'exploite pas le fonds...).

Il faut éviter de prendre le locataire par surprise donc ce manquement ne peut être invoqué que si ce manquement s'est poursuivi ou a été renouvelé plus d'un mois après mise en demeure. Cette obligation de prévenir le locataire ne vaut pas en cas de défaut d'exploitation (article L 145-8), dans ce cas la mise en demeure n'est pas nécessaire.

Autre motif grave possible : des violences, des chèques sans provision... Ces causes de non renouvellement sont aussi des cas de résiliation (article 1184 du Code Civil). Peut-être peut-on penser que la résiliation suppose un degré de plus dans la gravité de l'agissement par rapport au simple refus de renouvellement.

Le bailleur peut aussi invoquer des motifs qui tiennent au local (article L 145-17) : le bailleur a le droit de refuser le renouvellement pour construire ou reconstruire le local ; en pareil cas il n'a pas à payer l'indemnisation s'il reloge provisoirement le locataire et qu'il lui réserve un local dans l'immeuble reconstruit (article L 145-18) ; de même en cas de travaux importants.

" Le bailleur a le droit de refuser le renouvellement du bail pour construire ou reconstruire l'immeuble existant, à charge de payer au locataire évincé l'indemnité d'éviction prévue à l'article L. 145-14. Toutefois, le bailleur peut se soustraire au paiement de cette indemnité en offrant au locataire évincé un local correspondant à ses besoins et possibilités, situé à un emplacement équivalent. "

Enfin le bailleur peut refuser le renouvellement en cas de reprise des locaux d'habitation pour les habiter lui-même ou les faire habiter par sa famille (article L 145-22)

" Le bailleur peut refuser le renouvellement du bail exclusivement sur la partie concernant les locaux d'habitation accessoires des locaux commerciaux pour habiter lui-même ceux-ci ou les faire habiter par son conjoint, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint, à condition que le bénéficiaire de la reprise ne dispose pas d'une habitation correspondant à ses besoins normaux et à ceux des membres de sa famille vivant habituellement ou domiciliés avec lui "

### **1 :Le mode de réalisation de cette propriété commerciale, de ce droit au renouvellement :**

Ca n'est pas automatique, le renouvellement ne se réalise pas de plein droit ; il ne se réalise que si

l'une des parties prend l'initiative de provoquer l'expiration ou la reconduction du bail. Ensuite soit on se met d'accord à l'amiable soit on débouche sur la conclusion d'un nouveau contrat ou sur le paiement de l'indemnité d'éviction. Voyons les trois possibilités :

#### **a. Les formalités préalables :**

Si l'on ne fait rien à l'expiration du bail alors il se poursuit par tacite reconduction au-delà du

terme fixé par le contrat (article 1748 du Code Civil). Il y a des formalités indispensables si l'on souhaite lutter contre cette tacite reconduction : il faut soit que le bailleur prenne l'initiative d'un congé, soit que le preneur prenne l'initiative d'une demande de renouvellement. L'une ou l'autre de ces initiatives mettent un terme au contrat (article L 145-9 al 2).

Le congé est un acte solennel original, il y a une condition de délai, il doit être délivré au moins 6 mois à l'avance. Il n'est jamais prématuré. La date choisie comme terme extinctif dans le congé doit coïncider avec la date dans le contrat. C'est un acte extrajudiciaire signifié par acte d'huissier sous peine de nullité.

Enfin l'article L 145-9 dispose qu'à peine de nullité ce congé doit préciser les motifs pour lesquels il est donné. Il doit également préciser au locataire la forclusion qui le menace. Le locataire qui veut contester ou demander une indemnité doit à peine de forclusion saisir le tribunal au plus tard dans les deux ans à compter de la date à laquelle le congé est donné.

Le congé doit définir les intentions du bailleur sur le renouvellement, il y a trois possibilités :

- Le bailleur peut offrir le renouvellement moyennant une majoration de loyer.



- Le bailleur peut refuser le renouvellement en offrant de payer l'indemnité d'éviction.
- Le bailleur peut refuser le renouvellement et refuser l'indemnité en invoquant une des causes d'exonération. Si c'est le cas il doit préciser le manquement qu'il allègue ou le motif de refus. L'indication de ce motif est important car il y a un principe d'immutabilité du motif du congé ; une fois indiqué on ne peut plus en cours de procédure modifier le motif de l'acte initial.

Si le bailleur a offert le renouvellement il ne peut plus refuser. Est nul le congé qui n'éclaire pas le locataire sur les intentions ou motifs réels de refus. Que se passe-t-il si le congé est nul ? Le bail continue par tacite reconduction jusqu'à ce qu'une partie prenne une nouvelle initiative.

#### **b. La demande de renouvellement :**

Ici c'est le locataire qui prend l'initiative, il demande ses intentions au propriétaire, il a intérêt à le

faire si le bail dure plus de 12 ans car en pareil cas il n'y a pas de plafond du loyer renouvelé. Il signifie une demande de renouvellement qui est là encore un acte extrajudiciaire d'huissier qui doit être signifié dans les 6 mois précédant l'expiration du bail ou à tout moment lors de la reconduction. Il y a une demande de renouvellement le bailleur a alors 3 choix :

- Il refuse.
- Il accepte.
- Il s'abstient : au bout de trois mois il est réputé avoir accepté article L 145-10 al 4.

#### **c. Le renouvellement :**

Il peut se faire sans qu'il soit besoin de recourir au juge, les parties déterminent à l'amiable les conditions du nouveau bail mais ça n'est pas toujours le cas et alors le bail se fera de manière judiciaire, le nouveau contrat sera conclu aux conditions fixées par le juge. Cette instance va fixer le montant du bail renouvelé, on doit saisir la commission départementale (L 145-35), c'est une commission composée paritairement de bailleurs et de locataires et elle tente de les concilier à défaut elle rend un avis car elle épuise sa compétence puis après c'est le Président du TGI qui est compétent.

Comment fixe-t-on le nouveau loyer ? Le bail renouvelé est en principe identique mais pas le loyer qui est ajusté à la valeur locative car depuis 1972 il y a un plafonnement : il ne peut pas excéder la variation de l'indice INSEE du coût de la construction. Il y a 3 exceptions au jeu du plafonnement :

- S'il y a eu une modification notable de la valeur locative ; ici il n'y a alors pas de seuil précis. Souvent il s'agira d'aménagements nouveaux du local.
- Si la durée du bail excède 12 ans alors la règle du plafonnement ne joue pas.
- Dans le cas des baux de terrains nus ou de locaux à utilisation unique ou encore le bail de locaux à usage exclusif de bureaux (ex : banques) ; là le plafonnement ne joue pas.

Dans tous les cas : le prix fixé doit être accepté par les parties ; il faut une nouvelle manifestation

de volonté, elle peut être expresse (article L 145-47) dans le délai d'un mois qui suit la signification ou bien elle est présumée si les parties ne mettent pas à profit ce délai pour se rétracter. Si le bailleur refuse il devra payer l'indemnité d'éviction ; cette rétractation libre (article L 145-57) est irrévocable.

#### **d. Le refus de renouvellement :**

L'hypothèse est envisagée à l'article L 145-14 : le bailleur peut refuser le renouvellement mais

dans ce cas il doit payer une indemnité d'éviction égale au préjudice causé par le non renouvellement, il a intérêt à le faire dès que possible car le locataire n'est pas tenu de quitter les lieux tant que le bailleur n'a pas payé l'indemnité. Deux choses en pareil cas :

- Si le locataire perd le Fonds de Commerce il a droit à une indemnité de remplacement.
- S'il ne perd pas le Fonds de Commerce il n'a droit qu'à une indemnité de déplacement.

L'indemnité de l'article L 145-14 (indemnité de remplacement) est égale à la valeur marchande du Fonds de Commerce qui est un pourcentage du Chiffre d'Affaire annuel augmenté des frais normaux de déménagement et de mutation. L'indemnité de déplacement, elle, est fixée selon la valeur du droit au bail (cf le " pas de porte ").

Conclusion : Il n'y a pas d'obligation de renouvellement mais le refus est coûteux. Le bailleur peut

se soustraire au paiement en exerçant un droit de repentir jusqu'à l'expiration d'un délai de 15 jours article L 145-58

" Le propriétaire peut, jusqu'à l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle la décision est passée en force de chose jugée, se soustraire au paiement de l'indemnité, à charge par lui de supporter les frais de l'instance et de consentir au renouvellement du bail dont les conditions, en cas de désaccord, sont fixées conformément aux dispositions réglementaires prises à cet effet. Ce droit ne peut être exercé qu'autant que le locataire est encore dans les lieux et n'a pas déjà loué ou acheté un autre immeuble destiné à sa réinstallation ".

Il y a une limite : il faut que le locataire n'ait pas encore déménagé ou pris un engagement contractuel pour le faire. Le véritable contentieux a trait à la révision triennale du loyer.

#### **Chapitre III : Le matériel :**

Il faut affecter des moyens à son activité : local, outils, machine... c'est ce qu'on appelle le matériel. Il s'agit de meubles corporels nécessaires à l'exploitation c'est-à-dire de l'ensemble des objets qui servent à l'exploitation de l'entreprise, qui ne sont pas destinés à être vendus (ex : matériaux, meubles meublants, véhicules...), tout ce qui n'a pas vocation à circuler ; on les regarde donc comme des immobilisations ; ils ont vocation à une certaine permanence.

Quelle est leur nature juridique ? Ce sont des meubles corporels soumis aux règles générales du Code Civil comme l'article 2279 mais il y a une complication quand le propriétaire du

Fonds de Commerce est aussi propriétaire du local, à ce moment certains de ces éléments deviennent des immeubles par destination. Ex : dans un supermarché les matériels de vente sont des immeubles par destination.

Le financement de l'achat de ce matériel nécessite des crédits qui nécessitent eux-mêmes des garanties (pour garantir leur remboursement) ; on peut utiliser les sûretés du code civil (article 2102 du Code Civil) comme le privilège qui perd néanmoins tout intérêt en cas de procédure collective (article 621-17). Puis il y a le gage conventionnel qui n'est pas une garantie adaptée car elle suppose la dépossession. Pour faciliter le financement du matériel le législateur a inventé des garanties particulières qui ne privent pas l'acheteur de la disposition du matériel et qui restent efficace en cas de procédure collective. Trois systèmes ont été imaginés :

- Le nantissement.
- Le crédit-bail.
- La clause de réserve de propriété

### **I. Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement :**

C'est un gage sans dépossession qui a été créé par une loi du 18/01/1951 pour faciliter le Renouvellement du matériel des entreprises. Ce mécanisme est utile et fréquent (articles L 525-1 à 525-20 du Code de Commerce). Ce nantissement est spécialisé à la fois par les biens qu'il peut grever et par les créances qu'il peut garantir.

Le nantissement ne peut porter que sur l'outillage et le matériel d'équipement professionnel (article L 525-1) cette expression couvre une grande variété d'objet mais ça ne s'applique pas aux marchandises vendues par l'entreprise ni aux biens utilisés par les particuliers. Seuls les biens d'équipement qui entrent dans le capital fixe peuvent faire l'objet de ce nantissement : tous même les immeubles par destination. Il s'agit d'équipements professionnels et non pas commerciaux. Quelles sont les créances qu'il peut garantir ? Il ne peut garantir que les créances des personnes suivantes :

- Le vendeur à crédit du matériel grevé.
- Le prêteur des sommes qui ont servi à payer le matériel.

Pour formaliser cette exigence, cette spécialité le législateur a prévu que l'écrit qui constate le nantissement doit être indiqué dans l'acte de vente ou de prêt (article L 525-2). Le nantissement a une figure particulière car la plupart des sûretés peuvent garantir n'importe quelle créancier mais ici avec le nantissement ce n'est pas le cas, le législateur de 1951 a dérogé au droit commun de la dépossession et il en a limité les cas d'application.

Comme toute sûreté réelle, le nantissement a vocation à produire ses effets si l'entreprise cesse ses paiements avant échéance. Dans ce cas les droits reconnus au créancier prennent tout leur intérêt. Le créancier jouit d'un droit de préférence sur le matériel grevé, il est payé avant les créanciers chirographaires et la plupart des créanciers munis de sûretés dont le Trésor et la Sécurité Sociale ce qui est très important. La Cour de Cassation a même admis que le créancier nanti peut se faire attribuer le bien en paiement (article 2078 du Code Civil) et ce jusqu'à concurrence de sa créance. L'avantage est qu'il ne subit pas le concours d'autres créanciers. Assemblée Plénière 26 Octobre 1984.

Quels sont les créanciers qui le priment s'il ne fait pas usage de son droit de se faire attribuer le bien ? Les frais de justice, le conservateur (dépense de conservation du bien), le privilège des salariés (article 525-9 du Code de Commerce). C'est une grosse infirmité dans une entreprise de main d'œuvre.

Comme il passe avant les autres créanciers, cela suppose une certaine publicité écrite pour les avertir. Dans le gage classique c'est le dessaisissement qui est la publicité ; ici il n'y a pas de dessaisissement mais en contrepartie le nantissement doit être constaté sur un registre du Tribunal de Commerce à peine de nullité dans un délai de 15 jours à partir du nantissement.

Ce droit de préférence ne suffit pas à assurer la protection car le créancier court le risque que le débiteur vende à un tiers de bonne foi le matériel grevé ; ce risque n'existe pas dans le gage classique, ici pour empêcher ce risque il a fallu mettre en place deux palliatifs :

- Le 1<sup>er</sup> écarte préventivement le danger : on menace de sanctions pénales le débiteur (article L 525-7" Si le débiteur vend sans le consentement du créancier il peut être condamné à une amende ou de la prison.
- Le Second est un vrai droit de suite si le débiteur vend : le créancier nanti peut saisir le matériel entre les mains du tiers acquéreur mais il faut qu'il y ait eu apposition d'une plaque fixe de manière apparente sur le matériel (article L 525-4 et 525-5) ; on cherche à prévenir l'éventuel tiers acquéreur pour que sa bonne foi ne soit plus constituée, cette plaque n'est pas une condition de validité du nantissement elle ne sert qu'à exercer le droit de suite.

### **I. Le crédit-bail mobilier :**

C'est un contrat retrouvé depuis les années 1960, on l'appelle aussi le contrat de leasing, il est régi par une loi du 2/07/1966. Cette loi est codifiée à l'article L 313-17 et suivants du CMF. Le décret d'application date du 4/07/1972 et il n'est toujours pas codifié. Le matériel est propriété d'un établissement financier qui le donne en location à l'exploitant.

Ex : L'entrepreneur veut acheter un matériel déterminé en crédit-bail ; il s'adresse à un établissement spécialisé, l'établissement financier achète sur instruction de l'entreprise, il en paye le prix et devient propriétaire et il le loue à l'entreprise, celle-ci bénéficie d'un crédit sans avoir versé aucune somme. Ce prix elle le verse par échéance périodique en payant le loyer et à l'échéance prévue au terme extinctif cette entreprise utilisatrice peut : soit restituer le bien, soit relouer, soit acheter pour un prix résiduel, ce prix est faible et c'est ce terme qui est le plus avantageux et le plus suivi.

La garantie du crédit est le matériel lui-même, c'est la meilleure garantie possible car jusqu'à échéance l'établissement financier reste propriétaire donc il est protégé de l'insolvabilité. C'est une hypothèse de situation dite d'exclusivité ; ici la propriété est un droit réel de garantie. Encore faut-il que les autres créanciers soient avertis de ce montage donc le décret du 4/07/1972 a organisé une publicité ; le crédit-bail doit être inscrit sur un registre au greffe du Tribunal de Commerce et c'est une sûreté extraordinaire pour le crédit bailleur qui n'a qu'à en cas de problème demander la restitution du bien. En cas de défaut d'inscription il ne peut pas opposer son droit à un tiers de bonne foi.

### **II. La clause de réserve de propriété Clause de Réserve de Propriété :**

Cette clause est très répandue et une grande partie des biens utilisés par les entreprises sont la

propriété d'autrui, cette clause retarde le transfert de propriété du bien jusqu'à complet paiement du son prix. On la rencontre ici et on la retrouvera pour les marchandises : une loi de 1980 l'a modifié et amélioré car elle était auparavant dépourvue d'effet en cas d'ouverture d'une procédure collective, aujourd'hui on peut se prémunir contre le risque d'insolvabilité car cette clause joue même en cas d'ouverture de procédure collective (article L 621-122 du Code de Commerce).

A l'origine la loi de 1980 ne visait que les marchandises et certains auteurs en avaient déduit son inefficacité pour le matériel, mais une loi de 1994 a remplacé le mot " marchandises " par " biens " ce qui englobe tout et explique l'extension de cette clause devenue de style. Elle peut même garantir par le jeu de la subrogation celui qui a prêté l'argent pour l'achat. Il y a trois conditions d'application :

**1 /Il faut que le revendeur démontre sa qualité de propriétaire :**

- Cela suppose que la clause ait été acceptée par l'acheteur.
- S'il y a une contradiction entre une clause de réserve de propriété posée par l'acheteur et une clause du vendeur qui elle dispose que le vendeur refuse toute clause de réserve de propriété comment résoudre ce problème ? C'est le problème des clauses croisées. Une loi de 1996 codifiée à l'article L 621-122 du Code de Commerce a résolu le problème " Peuvent être revendiquées, à condition qu'elles se retrouvent en nature, les marchandises consignées au débiteur, soit à titre de dépôt, soit pour être vendues pour le compte du propriétaire. Peuvent également être revendiquées, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix. Cette clause, qui peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison. Nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux autres créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de l'écarter ou de la modifier ". Concrètement ça veut dire que la loi accorde au fournisseur ou au vendeur d'imposer unilatéralement la réserve de propriété à l'acheteur si rien n'est prévu.

Ce pouvoir unilatéral d'imposer la Clause de Réserve de Propriété est prévu par le droit de la faillite, ça ne joue qu'au moment de la procédure, c'est étonnant que l'on permette une telle chose vu que cette clause n'a pas été acceptée.

Cette Clause de Réserve de Propriété est opposable aux tiers sans aucune publicité, en effet il est impossible de publier toutes ces clauses car elles sont bien trop nombreuses et il n'est ni possible ni souhaitable de lutter contre la propriété apparente ; chacun doit se douter de cet état de fait ; les textes exigent seulement qu'un écrit soit établi au moment de la livraison afin de contrôler que la clause n'intervienne pas après coup pour traiter préférentiellement un créancier.

**Il y a une condition de délai :**

La revendication doit être exercée dans un délai de 3 mois qui suit la publicité du jugement d'ouverture de la procédure collective. L'idée est qu'il faut fixer rapidement le montant des marchandises.

### **Il faut que le matériel se retrouve en nature dans le patrimoine de l'entreprise :**

C'est l'article 621-122 al 2 qui l'affirme, il faut que le matériel se retrouve en nature dans le patrimoine de l'entreprise même intégré dans un autre bien. Il ne faut pas qu'il ait été revendu ou transformé, c'est une limite physique.

L'idée générale est que la Clause de Réserve de Propriété a largement remplacé le nantissement à cause de sa facilité et de son efficacité, elle remplace même le crédit-bail car elle est plus sûre que le nantissement et aussi sûre que le crédit-bail, et en plus il n'y a pas d'obligation de publicité.

### **Chapitre III : Les marchandises :**

Ce sont des éléments matériels corporels comme le matériel. Ce sont des objets destinés à être vendus à la clientèle soit en l'état dans lequel elles ont été achetées soit après transformation. Il y a d'un côté les entreprises qui fournissent des produits et de l'autre celles qui fournissent des services. Précisons que ces marchandises sont des meubles corporels, elles ne deviennent jamais des immeubles par destination ce qui pouvait arriver pour le matériel, elles ne peuvent pas être grevées d'un nantissement mais elles peuvent être l'assiette d'autres sûretés.

Comment distinguer matériel et marchandises ? Il faut prendre en considération pour le savoir le rôle dans l'entreprise de la chose considérée. Ex : un camion pour le fabricant c'est une marchandise alors que pour l'utilisateur c'est du matériel.

#### **I. Le financement de l'achat des marchandises :**

C'est le même problème que pour le matériel on peut l'acheter en payant tout immédiatement

mais le plus souvent on a besoin d'un financement extérieur, d'un crédit qu'accorde le fournisseur ou une banque. Il va falloir rembourser le crédit. Jusqu'en 1980 la marchandise ne pouvait pas être utilisée pour garantir l'achat car le gage suppose un dessaisissement. Or si l'on procède à un dessaisissement on ne pourrait plus la vendre. On aurait pu penser utiliser le privilège du vendeur mais il perd tout efficacité en cas de procédure collective. Troisième mécanisme possible : la Clause de réserve de propriété mais nous savons qu'elle était dénuée d'efficacité ; cela a changé avec la loi du 12/05/1980 (article L 621-122 du Code de Commerce).

Aujourd'hui la clause de réserve de propriété joue au profit du fournisseur de la marchandise mais elle bénéficie aussi à la banque ou l'établissement financier qui fournit les fonds nécessaires par le jeu de la subrogation (article 1250 du Code Civil). Ex : la subrogation permet la translation par paiement de l'obligation, la banque paye le vendeur et récupère les droits du vendeur (il est subrogé dans les droits et actions du vendeur), il récupère la clause de réserve de propriété. La jurisprudence considère depuis l'arrêt Cass. Com. 15/03/1988 que la Clause de réserve de propriété est transmissible (très grand arrêt). " si le paiement avec subrogation a pour effet d'éteindre la créance à l'égard du créancier, il la laisse subsister au profit du subrogé qui dispose de toutes les actions qui appartenaient au créancier et qui se

rattachaient à cette créance avant le paiement ". On consacre clairement la transmissibilité de la clause de réserve de propriété comme accessoire de la créance. Parfois il peut arriver qu'on entende déroger à la transmission de la créance, dans ce cas la clause de réserve de propriété s'éteint si elle n'est pas transmise car c'est un accessoire de la créance, si la créance s'éteint l'accessoire s'éteint aussi.

Il peut y avoir extinction de la créance sans paiement si elle est déclarée trop tardivement (forclusion), que se passe-t-il pour la clause de réserve de propriété ? L'extinction de la créance entraîne-t-elle transfert de propriété à l'acheteur ? Non selon l'arrêt Cass. Com. 9/01/1996 l'acheteur ne devient pas propriétaire car le transfert de propriété était subordonné à l'entier paiement qui n'est pas intervenu. Alors même que le vendeur a perdu sa créance il reste propriétaire. Il se peut qu'une nouvelle procédure soit ouverte contre le débiteur et alors le vendeur pourra faire valoir son droit et sa propriété. On reverra cela avec le droit de la faillite.

## **II. L'utilisation des marchandises comme source de crédit (assiette) :**

Les marchandises ne sont pas un bien très utile, elles ont vocation à tourner rapidement. Il existe différentes figures juridiques voisines du gage : le gage de droit commun, le warrant à domicile, ou le warrant en entreprise.

### **1. Le gage de droit commun :**

Le gage confère sur la marchandise qui en est grevé un droit de préférence au créancier qui en bénéficie : le créancier gagiste (articles 2073 et suivants du Code Civil). Le code de commerce (articles L 521-1 et suivants) apporte depuis une loi de 1863 quelques règles particulières pour le simplifier sur deux points :

- Au stade de la constitution : l'article 2074 du Code Civil précise qu'il n'y a de gage que pour autant qu'il y ait un acte authentique ou SSP enregistré. Rien de tel n'est exigé pour le gage commercial (article L 521-1 il n'y a pas à rédiger d'écrit).
- En cas de non paiement à l'échéance le créancier peut faire vendre la marchandise sans que les tribunaux aient à intervenir ; c'est une simplification apportée par le droit commercial car en droit civil l'article 2278 du Code Civil lui interdit le pacte comissoire (l'accord en vertu duquel le gagiste deviendrait automatiquement propriétaire en cas de non paiement) et la clause de voie pare (qui permet au créancier de se dispenser des formes requises pour vendre les biens mis en gage), cela permet d'éviter que le bien soit bradé ou vendu à vil prix. L'article L 521-3 du Code de Commerce s'affranchit de ces deux limites, à l'échéance le créancier gagiste peut faire faire vendre sans que le juge ait à intervenir. Mais l'article L 521-2 conserve la règle de l'article 2076 du Code Civil en ce qui concerne la dépossession.

Ce mécanisme du gage est gênant pour le débiteur et les marchandises, comme on peut l'imaginer ce montage se concilie mal avec la vie des affaires. La gêne vient de ce que les créanciers doivent réceptionner les choses données à gage, où les mettre ? Il y a un problème pratique car les banques n'ont pas les locaux d'où différents artifices : on a pensé à donner en location à la banque l'entrepôt où la marchandise est entreposée mais c'est une fiction : la jurisprudence ne l'admet pas toujours, c'est ce qui explique que ce gage de droit commun est rare dans la pratique de la vie des affaires.

Que faire ? Il y a une deuxième technique : celle des magasins généraux.

## **2. Les magasins généraux :**

Cette technique est régie par les articles L 524-2 et suivants du code de commerce. Cette

technique permet de résoudre la difficulté des professionnels du crédit à stocker les marchandises données en gage : les marchandises à engager sont remises à un tiers spécialisé pour le dépôt et la garde (l'article 2076 du Code Civil prévoit que l'engagement peut se faire entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu par les parties), c'est le procédé de l'entiercement. Le code de commerce le prévoit aussi à l'article L 121-2 " ou d'un tiers convenu entre les parties ".

En 1848 le législateur a consacré et perfectionné cette pratique par une loi créant les magasins généraux, il y a eu des réformes avec le décret du 6 août 1945 (article L 522-24 du Code de Commerce). Les magasins généraux sont placés sous le contrôle de l'Etat, ils sont chargés de réceptionner les marchandises, chaque entreprise qui dépose quelque chose reçoit un titre, un écrit qui doit respecter certaines formes et que l'on appelle le " récépissé warrant ", il est composé de deux volets :

- Le récépissé qui fait la preuve que la marchandise a été déposée dans le magasin général.
- Le warrant qui lui représente le gage et peut être consenti comme gage.

Les deux parties sont détachables et transmissibles séparément par endossement. L'entreprise

remet donc ainsi la marchandise en gage, la nature et la quantité des marchandises est indiquée. Le récépissé lui est conservé par l'entreprise, il ne se passe rien il ne fait que consacrer une propriété. Le déposant peut aussi l'endosser à une autre personne et ainsi transférer la propriété à une autre personne avec néanmoins le droit de gage. Le porteur du récépissé ne peut récupérer les marchandises que quand le porteur du warrant a été payé.

On a à avec ce mécanisme la force du droit de gage qui repose sur le droit de rétention du gagiste, le débiteur qui a remis la chose en gage ne peut pas la détourner mais c'est une sûreté gênante car il y a encombrement du créancier et dessaisissement ; ce mécanisme règle ces deux problèmes.

## **3. Les warrants à domicile :**

Qu'est-ce que c'est qu'un warrant à domicile ? C'est un warrant donc un titre négociable qui représente un gage sur une marchandise déterminée mais, différence essentielle, il est à domicile : la marchandise reste au domicile du débiteur et demeure entre ses mains, on déroge alors à la dépossession, ce n'est plus un gage mais le législateur le prévoit ; un warrant à domicile ne peut être prévu que par la loi, chaque warrant à domicile est prévu par un texte exprès, théoriquement il existe trois sortes de warrants à domicile :

- Le warrant industriel.
- Le warrant pétrolier.



- Le warrant hôtelier.

En fait ces warrants sont peu utilisés car ils présentent deux inconvénients :

- La dépossession est remplacée par une publicité or cette publicité jette un discrédit sur le débiteur, elle laisse à penser qu'il n'est pas solvable.
- Il n'y a pas de dépossession il y a donc le risque pour le créancier que le débiteur fasse disparaître la marchandise en la vendant.

Ces warrants sont donc peu utilisés mais un autre rencontre un franc succès quoiqu'il ne ressorte pas du domaine commercial : c'est le warrant agricole crée par une loi de 1898 et régi par une loi de 1906 (articles L 342-1 à 17 du Code rural). L'idée est la suivante : l'exploitant agricole qui veut un crédit peut consentir un warrant sur tout ou parti de sa récolte. Là aussi le débiteur garde la chose entre ses mains d'où des règles légales particulières :

- Il y a une mesure de publicité : le warrant est transcrit sur un registre spécial au greffe du tribunal vu que l'agriculture est une activité civile.
- La loi menace l'agriculteur qui vendrait le warrant des peines de l'abus de confiance.

Si en dépit de cela l'agriculteur vend le warrant le créancier est dépourvu car il n'a pas de droit de suite. Ce qu'on gagne ici en souplesse on le perd en sécurité.

#### **Chapitre IV : Les signes distinctifs :**

Qu'est-ce ? Chaque entreprise est connue dans le public grâce entre autre à certains signes distinctifs qui la différencie des autres, parfois ils sont le reflet du prestige de l'entreprise et prennent de la valeur, ce sont alors des biens ex : Peugeot, Renault... Il y a aussi la marque qui est un signe distinctif.

##### **I. Le nom commercial :**

Le nom commercial est ce qui désigne l'entreprise donc il faut soigneusement le distinguer de

celui qui désigne l'entrepreneur ou une personne juridique : l'association a un titre, une SCP a une raison sociale et une société commerciale a une dénomination sociale. Toutes ces appellations ne sont pas neutres elles recouvrent des régimes juridiques distincts. On peut choisir d'appeler l'entreprise par la dénomination sociale de l'entrepreneur ou par le nom de la personne physique. On peut aussi choisir un nom de fantaisie : le nom commercial.

Trois questions vont être étudiées.

##### **A. Le choix du nom commercial :**

Ce choix se fait de façon libre, ce peut être son nom de famille ou le nom d'un dirigeant ou un nom de pure fantaisie. Parfois le commerçant ou l'entrepreneur ajoute une enseigne, un emblème représentatif de l'entreprise et qui est apposé sur les documents sociaux ou publicitaires. On applique à l'enseigne le même régime qu'au nom commercial. Deux limites :

on n'a pas le droit d'utiliser un nom ou une enseigne contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. De plus on doit respecter les antériorités ça veut dire qu'on ne peut pas utiliser un nom déjà existant ou un nom de famille célèbre (ex : affaire Rothschild).

## **B. La protection :**

Aucune loi n'organise cette protection. Pour le nom commercial ce qui le distingue de la marque il

n'est pas une propriété industrielle, il n'a donc pas à être déposé. Comment le protège-t-on ? Par les principes généraux de la responsabilité civile : si un nom commercial est usurpé par un concurrent ou imité cette imitation est une faute au sens de l'article 1382 du Code Civil ce qui fonde la victime à demander la condamnation du fautif à des dommages intérêts.

On peut également demander la réparation en nature : changement de nom commercial c'est une application de la théorie de la concurrence déloyale. S'il s'agit d'un litige entre commerçant, on peut dire qu'un droit privatif s'acquiert par le 1<sup>er</sup> usage, on a un droit à être protégé contre une usurpation ou imitation malgré qu'on n'en soit pas propriétaire. Ici la démarche ne part pas d'un droit mais de l'obligation qui pèse sur l'auteur du dommage on raisonne en terme de devoir. C'est contre les concurrents que les risques de dommage peuvent apparaître donc c'est contre eux qu'on peut agir. Rien ne s'oppose à ce que deux entreprises non concurrente aient le même nom (ex : épicier à Lille et un autre à Montpellier).

Réserveons tout de même trois cas particuliers :

- **Les noms commerciaux notoires** : ici la jurisprudence tend à élargir la protection, un tiers même non concurrent ne peut pas utiliser un nom notoirement connu Affaire Cass. Com. 5/11/1985 Morabito. Les limites de cette jurisprudence manque de netteté.
- **Les homonymes** ex : on s'appelle Nicolas et on pense pouvoir l'utiliser comme nom commercial, c'est un homonyme d'une marque qui va penser qu'on a pas le droit d'utiliser à ce moment ce nom. Le problème est particulier, car on ne peut pas interdire à une personne d'utiliser son propre nom donc la jurisprudence admet en pareil cas la double utilisation à condition que la seconde entreprise emploie différents éléments de différenciation comme l'emploi d'un prénom ce qui permet au public de distinguer clairement, sinon il y a concurrence déloyale Nicolas c/ Nicolas Cass. Com. 18/04/1958.
- 3<sup>ème</sup> cas : il apparaît quand le nom commercial utilisé par une entreprise est le nom de famille d'un dirigeant de l'entreprise. La question est celle de savoir ce qui se passe si un dirigeant démissionne. Peut-il alors interdire au nouvel entrepreneur de continuer à utiliser le nom ? Non en principe car en devenant nom commercial le nom de famille s'est détaché de la personne physique qui le porte avec son accord. L'ex dirigeant ne peut donc pas s'opposer (affaire Bordas Cass. Com 12/03/1985).

Faits : M. Bordas crée après la seconde guerre mondiale une grande entreprise d'édition à laquelle

il donne son nom, il la cède puis veut interdire l'usage de son patronyme mais ça lui est refusé. Pourquoi ?

## **Vu du côté de M. Bordas :**

Dans cette affaire la CA avait sur sa demande ordonné à l'entreprise Bordas de cesser d'utiliser le nom au motif que le patronyme est inaliénable et imprescriptible et son incorporation dans la dénomination sociale est une simple tolérance (on ne fait qu'y consentir mais dès lors qu'on ne consent plus on peut se plaindre). On ne peut donc pas sans faute continuer à utiliser ce nom.

Cette argumentation a été cassée car la Cour de Cassation considère que le principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité a pour seule portée d'empêcher son titulaire d'en disposer librement pour désigner une autre personne physique mais ça ne s'oppose pas à la conclusion d'un accord portant sur l'utilisation de ce nom comme dénomination sociale ou raison sociale.

Il faut noter que ça affecte la personnalité de M. Bordas dont le nom est utilisé contre son gré comme toute convention qui affecte la personnalité. En réalité il faut distinguer le caractère extrapatrimonial du droit au nom et le caractère patrimonial du droit d'utilisation du nom avec lequel le premier coexiste. Dans l'attendu il est question d'accord portant sur l'utilisation du nom. Cette distinction n'est pas nouvelle (elle constitue le fondement du droit d'auteur en droit Français). Il y a un droit d'utilisation à caractère patrimonial qui peut faire l'objet d'une convention et lie l'auteur dans l'avenir. article L 111-1 du code de la propriété intellectuelle.

" L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres Ier et III du présent code. L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une oeuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa 1<sup>er</sup> ".

Ex : on s'engage à rédiger un ouvrage sans le signer c'est la convention d'anonymat ou de nègre c'est contraire aux principes que l'on vient d'évoquer donc on peut choisir de revenir sur ce consentement. Ce droit moral ne doit pas se confondre avec le droit patrimonial d'exploitation (traduction, adaptation...), ce sont des contrats qui sont la mise en œuvre d'accords portant sur l'utilisation patrimoniale de l'œuvre. L'arrêt Bordas consacre cette analyse dualiste. M. Bordas en autorisant l'usage a conclu un accord définitif portant sur l'utilisation.

Vu du côté de l'entreprise Bordas : " ce patronyme est devenu en raison de son insertion dans les statuts un signe distinctif qui s'est détaché de la personne physique pour s'appliquer à la personne morale qu'il distingue et devenir ainsi un objet de propriété intellectuelle : il fait parti du fonds de commerce. Sur ce plan c'est discutable car un signe distinctif n'est pas une propriété.

### **A. La cessibilité du nom :**

Le nom de famille n'est pas détachable de la personne de son titulaire. Il faut que l'Etat puisse

différencier les individus d'où le caractère d'ordre public en revanche le nom commercial peut se céder et se cède en pratique notamment en cas de cession de fonds de commerce ; ça

ne soulève aucun problème si le nom commercial est de fantaisie. Si le nom commercial est aussi le nom de famille du cédant ça pose le même problème que dans l'affaire Bordas et ça pose un problème d'information du public sur l'identité de l'entrepreneur. La jurisprudence exige que le nouvel entrepreneur ajoute une indication propre à la distinguer du cédant par exemple en indiquant " ancienne maison Durand ". Le nom commercial est cessible.

## **Paragraphe II : Les moyens :**

Le nom commercial désigne l'entreprise, la marque elle désigne le produit ou le service que commercialise l'entreprise. La définition de la marque est donnée dans le code de la propriété intellectuelle (article L 711-1 et suivants concernant la réglementation des marques de fabrique ou de service). La marque est un signe susceptible de représentation graphique qui sert à distinguer les produits ou services d'une entreprise de ceux des concurrents. Parfois c'est un simple mot : Peugeot, Frigidaire, Cointreau... Parfois c'est un emblème comme les chevrons de Citroën. Parfois c'est un ensemble de mots de signes et de couleurs ex : étiquettes d'un apéritif...

C'est très important car la réputation du produit ou du service s'attache à la marque qui le symbolise et dès lors elle prend une valeur commerciale et devient un bien. Ceci dit, elle n'est pas protégée en tant que telle.

Pour la marque c'est un peu différent, la marque n'est protégée que si elle est enregistrée au prix de certaines formalités, (loi du 4/01/1991 qui a transposé une directive de 1989 et remplacé une loi de 1964 ; cette loi a été codifiée en 1992 aux articles L 711-1 et suivants du CPI). Le droit des marques est le même dans tous les pays de l'union européenne. Mais les marques restent nationales. Il existe par ailleurs une marque communautaire outre les marques nationales, elle a été créée en 1994. On va voir l'acquisition et les droits conférés par l'enregistrement.

## **L'acquisition du droit sur la marque :**

La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement (article L 712-1 du CPI). Voyons les

conditions de fond et les conditions de procédure.

### **1. Les conditions de fond :**

Peu importe le secteur d'activité dans lequel la marque est utilisée, la loi permet d'utiliser des

marques de fabrique, de déposer des marques de commerce (mammouth...) elle permet d'utiliser des marques de service. Peu importe la forme de la marque : on peut déposer des dénominations, des signes distinctifs et des signes sonores s'ils sont susceptibles de représentation graphique (article L 711-2. Pour être déposée une marque doit satisfaire à 4 conditions :

- Respecter l'ordre public et les bonnes mœurs. On n'a pas le droit de créer la confusion avec d'autres institutions publiques.

- La marque doit être (article L 711-2 du CPI) distinctive. Elle doit permettre de distinguer un produit ou un service de la masse des autres. Elle ne doit être ni nécessaire ni générique. Ex : la marque pain ou brioche ne marcherait pas. Par contre la marque Kyr est déposable. Une marque peut être distincte à sa création puis postérieurement être transformée par l'usage ex : frigidaire le nom propre devient commun, la marque reste protégée sauf si le propriétaire de la marque par son fait a créé ou provoqué la transformation auquel cas il est déchu de son droit, cela relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.
- La marque doit être nouvelle article L 711-4 du CPI

" Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment :

- a) A une marque antérieure enregistrée ou notoirement connue au sens de l'article 6 bis de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle ;
- b) A une dénomination ou raison sociale, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public ;
- c) A un nom commercial ou à une enseigne connus sur l'ensemble du territoire national, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public ;
- d) A une appellation d'origine protégée ;
- e) Aux droits d'auteur ;
- f) Aux droits résultant d'un dessin ou modèle protégé ;
- g) Au droit de la personnalité d'un tiers, notamment à son nom patronymique, à son pseudonyme ou à son image ;
- h) Au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale." C'est le cas de la reproduction d'une marque connue et enregistrée ; ce qui est exigé c'est la nouveauté de l'emploi pour désigner une catégorie d'objets "

ex : guignol pour désigner un journal Cass. Com. 9/12/1980

- Elle ne doit pas être déceptive c'est-à-dire mensongère. Est déceptive une marque qui risque de tromper la publicité sur le service ou la qualité. Ex : lavable laine pour des produits qui ne sont pas pur laine.

Il y a à côté de ces conditions une procédure à suivre : celle de l'enregistrement à l'INPI pour cela le déposant doit remettre une demande d'enregistrement qui indique les classes de produits ou de services pour lesquelles on entend utiliser la marque : il y a huit classes officielles et on doit remettre un modèle de la marque revendiquée.

Jusqu'en 1991 l'INPI ne vérifiait pas la nouveauté de la marque désormais il peut le faire par un système d'opposition (article L 712-4 loi du 4/01/1991) du propriétaire d'une marque antérieure. La demande d'enregistrement est publiée et pendant le délai de deux mois qui suit la publication celui qui prétend avoir une marque protégée antérieurement peut faire opposition, l'INPI vérifie le bien fondé et si l'opposition est justifiée il refuse l'enregistrement.

Quant aux autres conditions : l'INPI vérifie en outre que ces autres conditions sont respectées et alors la marque est enregistrée et publiée au BO de l'INPI.

### **Quels sont les droits que confère l'enregistrement de la marque ?**

Quels droits et à qui ? Qui est titulaire du droit ? Le titulaire du droit n'est pas nécessairement le créateur de la marque, c'est celui qui a déposé et demandé l'enregistrement peu importe sa nationalité puisque c'est l'enregistrement qui confère le droit. Les marques peuvent être cédées ou données en concession ou licence (contrat de louage dont l'objet est ce bien qu'est la marque).

Ces contrats doivent être rédigés par écrit, article L 714-1 sous peine de nullité et aussi pour être opposable aux tiers ; ils doivent être mentionnés au registre des marques (article L 714-7 du CPI). Les tiers au sens de l'article L 714-7 ne sont pas les mêmes tiers que ceux du décret de 1955 sur la publicité foncière.

Quel est le contenu du droit ? L'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de propriété, un droit exclusif de l'utiliser pour désigner les produits ou services revendiqués dans la demande d'enregistrement. Si une autre entreprise utilise la marque c'est une contrefaçon et le contrefacteur peut être poursuivi devant le TI (article L 716-3 du CPI) " L'atteinte portée au droit du propriétaire de la marque constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur. Constitue une atteinte aux droits de la marque la violation des interdictions prévues aux articles L. 713-2, L. 713-3 et L. 713-4. ". la contrefaçon est aussi une infraction pénale (article L 716-9 du CPI qui précise que le contrefacteur encourt un emprisonnement et une peine d'amende).

Quels sont les faits constitutifs de contrefaçon : article L 713-2 et L 713-3 du CPI :

- Le cas le plus fréquent c'est la reproduction car cette reproduction est en elle-même une contrefaçon.
- L'imitation d'une marque pour des produits ou services identiques, ce n'est une contrefaçon que si elle crée un risque de confusion. Ex : la vache sérieuse 5/01/1966 en revanche Pronovias n'est pas une contrefaçon de Pronuptias Cass. Com. 2/07/1991 ça relève du pouvoir souverain des juges du fond.
- La reproduction ou l'imitation pour des produits ou services similaires ex : une marque de frigidaire est utilisée pour des machines à laver. La reproduction ou imitation n'est pas une contrefaçon que si ça fait apparaître un risque de confusion.
- Autre cas : reproduction ou imitation pour des produits ou services ni identiques ni similaires. Dans ce cas là il n'y a pas de contrefaçon c'est le principe de spécialité de la marque.

La loi élargit la protection pour les marques notoires et en ce cas il peut y avoir faute sur la base de l'article 1382 Code Civil (article L 713-5 CPI). Cass. Com. 27/05/1986 affaire Ritz : un parfumeur avait commercialisé des produits sous le nom " Charles of Ritz " et l'hôtelier avait porté plainte ça a été rejeté car il n'y avait pas de rapport entre la parfumerie et l'hôtellerie mais en cas d'abus de droit il peut y avoir responsabilité. La décision est laissée à l'appréciation des juges du fond.

En toute hypothèse le droit est doublement limité dans l'espace (ça ne joue que sur le territoire Français donc si on veut se protéger à l'étranger il faudra s'enregistrer dans les pays concernés) et dans le temps, le droit de marque ne dure que 10 ans indéfiniment renouvelables par dépôt successif. Le titulaire de la marque a l'obligation de l'utiliser, la loi veut éviter les marques de barrage qui sont déposées juste pour empêcher les concurrents de l'utiliser, article L 714-5 du CPI. Au bout de 5 ans de non exploitation le propriétaire est déchu de ses droits sur la marque ; la demande doit être faite en justice devant le TGI. La déchéance a un effet absolu.

A côté des marques individuelles il y a des marques collectives soumises à un régime différent. La marque est collective quand elle peut être exploitée par toute personnes respectant le règlement d'usage fixé par le déposant. Cette marque permet de s'assurer que les produits (article L 715-1 du CPI et suivants) ont des qualités précises. En droit international il existe une convention d'union de Paris de 1863 qui permet à tout ressortissant d'un pays signataire de bénéficier d'un droit de propriété pendant 6 mois pour déposer la même marque dans les autres pays de l'Union. De plus il existe une marque communautaire régit par un règlement du 20/12/1993

## **Chapitre V : Les moyens technologiques :**

On va voir les brevets d'invention, les dessins et les modèles.

### **Section I : Les brevets d'invention et les certificats d'utilité :**

C'est un bien incorporel qui confère à son propriétaire le monopole d'une invention industrielle à

caractère utilitaire, c'est une propriété industrielle, on parle de propriété car le breveté d'inventions peut opposer son droit à tous et le vendre. C'est une propriété particulière car elle ne porte pas sur sa propriété réelle et elle est limitée dans le temps et l'espace.

La loi qui régit la matière se réfère à l'expression de propriété intellectuelle. Toute entreprise importante est propriétaire de brevets qui peuvent représenter des valeurs considérables (pharmacie, chimie, automobile, avions). S'il n'y a pas de brevet l'idée n'est pas un bien c'est un " know-how " " savoir faire ". Le savoir faire est une invention, un tour de main qui n'est pas immédiatement accessible au public et qui n'est pas brevetable, vu que ce n'est pas une propriété. Que peut-on faire avec un savoir faire ? On va conclure un contrat qui porte dessus mais ce n'est pas un bien donc on ne peut pas transférer la propriété. Comment faire ? On va conclure un contrat qui puisqu'il ne peut pas être translatif de propriété sera de prestation de service, d'entreprise : un contrat d'enseignement de communication de savoir. La communication de savoir faire est une obligation essentielle dans le contrat de franchise.

Ici on a des connaissances appropriables le brevet est très protecteur car on est propriétaire. Si quelqu'un se procure le savoir faire de façon illicite on se base sur 1382 du Code Civil si on n'est pas propriétaire. Si on est propriétaire on agit en revendication en contrefaçon. Les brevets font l'objet d'un texte, la 1<sup>ère</sup> loi date de 1844 elle a été remplacée par une loi de 1968 (grande loi sur les brevets modifiée en 1978 et 1990 et intégrée le 1/07/1992 aux articles L 611-1 et suivants du CPI. Le système est complété par des conventions internationales :

- Les unes ont une large portée territoriale mais une faible portée juridique : convention de Paris de 1983.
- D'autres ont une grande portée juridique mais ne concerne que les pays Européens : convention de Munich de 1973.

### **AL'obtention du brevet :**

Il y a des conditions de fond et de procédure.

#### **I. Les conditions de fond pour breveter une invention :**

Quelles sont les conditions de brevetabilité ? Le brevet peut être pris dans n'importe quel secteur : il y a des conditions posées par la loi et des cas d'exclusion.

Il y en a trois :

- L'invention doit avoir un caractère industriel ou être susceptible d'application industrielle. Une invention est susceptible d'application industrielle si son objet peut être utilisé ou fabriqué dans tout genre d'industrie (article L 611-115 du CPI). Ici le sens d'industrie est pris au sens large donc les théories scientifiques ne sont pas brevetables, les méthodes arithmétiques et médicales non plus. Ce peut être contesté.
- L'invention doit être nouvelle : c'est un caractère essentiel, s'il y a une antériorité le brevet est privé de valeur (article L 611-11 du CPI). On ne peut pas breveter ce qui est déjà approprié. L'état de la technique ait tout ce qui n'a pas été rendu accessible au public avant le brevet.
- L'invention doit impliquer une activité inventive, ça veut dire que si pour un Homme du métier elle découle de la technique, elle est évidente ça ne marche pas. Il faut une création, de l'inconnu.

A côté de ces trois conditions positives il y a des exclusions légales concernant quatre types d'invention :

- Les obtentions végétale et les races animales ne sont pas brevetables (article L 611-7 du CPI) elles font l'objet d'un régime particulier.
- Les créations esthétiques ne peuvent pas être brevetées car elles sont protégées à un autre titre : le régime des dessins et modèles ou la propriété littéraire et artistique.
- Le corps humain, ses produits, les gènes... ne peuvent pas être brevetés.



- Les programmes d'ordinateurs relèvent de la loi de 1957 sur la propriété intellectuelle et de l'article L 111-1 du CPI ; la loi du 3/07/1985 puis celle de 1994 ont modifié la loi de 1957.

S'ajoutent à ces premières conditions des conditions de procédures. Quelle procédure suivre pour délivrer un brevet ? Il faut choisir entre deux possibilités :

- Un système simple, dépourvu de tout contrôle de la nouveauté : c'est rapide et peu coûteux, mais le brevet n'a qu'une valeur médiocre surtout au plan international, c'était le système antérieur à 1968. ces brevets étaient sans garantie du gouvernement (SGDG).
- Un système qui repose sur une enquête préalable destinée à vérifier la nouveauté : le brevet est de plus grande qualité mais plus coûteux.

Quel est le choix du législateur ? Il y a eu une évolution, au fil des textes le législateur a renforcé

les contrôles pour éviter la dévalorisation du brevet Français. On est passé du 1<sup>er</sup> au second système en 1968 et 1978 mais une loi de 1990 a allégé le système en revenant un peu sur cette évolution. Le brevet est délivré par l'INPI qui assure la diffusion légale de la possession par le BO de l'INPI. Voyons trois choses :

- Le dépôt et le contrôle de la demande.
- Le rapport de recherche.
- La délivrance du brevet.

### **I. Le dépôt et le contrôle de la demande :**

Tout commence par une demande de brevet déposée à l'INPI ou à la préfecture ou dans un centre

régional de la propriété intellectuelle. La demande est le plus souvent déposée par un intermédiaire spécialisé : le conseil en propriété industrielle dont le statut est régi par les articles L 421-1 et suivants du CPI. Ce peut être des salariés ou des professionnels libéraux, ce sont des juristes de formation. La date du dépôt est importante, elle est fixée par un récépissé qui est délivré et elle est importante car la date du brevet sera celle du dépôt (article L 612-2 du CPI).

La demande est un vrai dossier à déposer qui comprend la description de l'invention de façon claire et précise avec des dessins explicatifs. D'autre part le dossier doit comprendre les revendications de l'inventeur c'est-à-dire la liste exhaustive des points qu'il estime nouveaux et qu'il entend voir protéger. Ce sont ces revendications qui délimitent l'étendue de la protection qui résulte du brevet.

Un premier examen est fait par les services de la défense nationale pour savoir si elle est intéressée, dès ce niveau le dossier peut être rejeté, cette décision de rejet doit être motivée et elle est susceptible de recours devant un juge d'appel : l'une des 10 cours d'appel compétentes en la matière et qui sont listées aux articles L et R 312-2 du COJ.

Si la demande n'est pas rejetée elle est publiée au BO de la propriété intellectuelle dans les 18 mois du dépôt.

Deuxième étape : le rapport de recherche : un certain contrôle préalable est organisé, il débouche sur l'établissement de ce rapport sur les éléments de l'état technique. On procède en deux temps :

- On établit un projet de rapport qui est notifié sur demande puis publié.
- Le rapport est rendu, il ne formule ni avis ni appréciation : il se borne à énoncer les revendications déposées en dernier lieu ainsi que les observations éventuelles et éventuellement les observations des tiers. Ca ne signifie pas que le brevet soit valable, c'est-à-dire que les trois conditions soient remplies. Il fournit une première indication en ce sens.

Troisième étape : la délivrance du brevet. Elle est prononcée par le directeur de l'INPI. Elle est

publiée au BO de la propriété industrielle et les tiers peuvent ainsi consulter le texte intégral du brevet mais ils ne peuvent pas l'utiliser sinon il y a contrefaçon.

La validité du brevet peut toujours être contestée par la suite par une action en revendication contestation ou annulation (article L 611-8 du CPI). L'action en revendication se prescrit par 3 ans. Il existe aussi une procédure plus simple car elle ne comporte pas de rapports de recherche : le titre délivré n'est alors qu'un " sous-brevet " : le certificat d'utilité. Ce certificat ne confère par les mêmes droits que le brevet mais sa durée n'est que de 6 ans.

### **Les droits attachés au brevet :**

Il faut se demander quel est le contenu du brevet, qui est titulaire des droits et comment les transmettre.

#### **Le contenu du droit :**

Le brevet confère la propriété de l'invention, il confère un monopole d'exploitation sanctionné, il

confère un monopole d'exploitation sanctionné par une action spéciale : l'action en contrefaçon. Il a un droit exclusif d'exploitation de l'invention. Ex : un type de moteur. L'étendue du droit est délimitée par les revendications qui figurent au dossier. Que se passe-t-il si une autre entreprise exploite l'invention : elle se rend coupable de contrefaçon (la contrefaçon est toute atteinte portée aux droits du propriétaire du brevet). Cette action est de la compétence exclusive du TGI. Elle a pour but de faire cesser l'atteinte : c'est une réparation en nature et par équivalent. La contrefaçon entraîne la responsabilité civile du contrefacteur.

Comme la procédure risque d'être longue la loi donne au président du TGI en cas d'urgence le pouvoir d'interdire provisoirement la poursuite des actes dits de contrefaçon (article L 615-3 du CPI). La contrefaçon est une source de responsabilité civile mais aussi pénale elle avait été dépénalisée en 1978 puis pénalisée à nouveau en prévoyant une peine d'amende et de prison (article 423 du CP). Ca s'applique à ceux qui portent sciemment atteinte aux droits du breveté ; en cas de récidive les peines sont doublées.

Les prérogatives conférées par ce brevet sont limitées de deux faons :

- Dans l'espace : le brevet Français n'est protégé que sur le territoire Français d'où la nécessité d'un brevet par pays.
- Dans le temps : elle dure 20 ans ç compte du dépôt (article L 611-2). Passé ce délai l'invention tombe dans le domaine public.

Il y a donc un système qui incite à la recherche et au développement. En matière de spécialité Pharmaceutique (article L 611-3) la protection peut durer plus longtemps.

## **II) Qui est le titulaire du droit ?**

C'est l'inventeur qui est à priori titulaire où son ayant cause s'il transmet mais il y a deux problèmes :

- La pluralité d'inventeurs.
- Les inventions de salarié.

En cas de pluralité d'inventeurs il faut distinguer :

- Si les inventeurs ont travaillé indépendamment les uns les autres c'est le 1<sup>er</sup> déposant qui est protégé.
- Si les inventeurs ont travaillé de concert et qu'ils déposent une demande commune chacune dans ce cas a un droit de copropriété sur le brevet. La copropriété est gérée par les articles L 613-29 et suivants du CPI. L'idée générale est la suivante : il y a un régime d'action concurrente pour les actes les moins importants et une co-gestion pour les actes les plus importants (ex : les licences d'exploitation).

Les inventions de salarié : c'est un gros problème car c'est la principale source de litiges : 90% des inventions sont réalisées par des salariés, des gens payés pour la recherche et le développement. Il faut distinguer selon que l'invention est faite ou non dans le cadre de la mission de l'employée :

- Dans le cadre de la mission elles appartiennent à l'employeur s'il y a une mission inventive avec des fonctions effectives. La loi crée au bénéfice du salarié un droit à rémunération complémentaire dont les conditions sont fixées par les conventions collectives, le contrat de travail, les accords d'entreprise.
- Pour les inventions hors mission : elles sont la propriété du salarié mais s'il y a un lien avec l'emploi l'employeur a le droit de se faire attribuer la propriété ou la jouissance de tout ou partie des droits. Le salarié a droit à un juste prix (article L 615-21), il est prévu une commission paritaire de conciliation présidée par un Magistrat de l'ordre judiciaire qui connaît de toute contestation portant sur l'application de cette règle.

En ce qui concerne les logiciels il est prévu que les droits patrimoniaux sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer. La mise au point par le salarié est un bien de grande valeur qui appartient à l'entrepreneur, le salarié lui est l'inventeur donc il est titulaire des droits moraux.

## **ATransmission et perte des droits :**

Le titulaire des droits qui sont attachés au brevet peut les transférer par un contrat de vente (article

L 613-8 du CPI) moyennant un prix global ou autre possibilité il peut transférer les droits par un contrat de licence qui se rapproche pour sa part d'une location, le bénéficiaire doit payer régulièrement des droits (une redevance). La particularité est que ces contrats doivent être rédigés par écrit et pour être opposables aux tiers il faut qu'ils soient inscrits sur le registre national des brevets tenus par l'INPI. On ne sait pas réellement qui est tiers mais l'article L 613-9 nous apprend que la connaissance fait perdre au tiers la possibilité de se prévaloir de la non publication.

## **Section II : Les dessins et modèles :**

Ce sont eux aussi des propriétés industrielles comme pour les brevets. Les dessins ou modèles sont des formes. Les dessins sont des assemblages de lignes et ou de couleur sur une surface plane alors que le modèle lui est un ensemble de formes en relief, en 3D. L'appropriation des dessins et modèles peut être assurée par la voie de la propriété artistique ou industrielle (loi du 14/07/1909 loi modifiée par une loi de 1990). L'ensemble a été codifié dans le CPI par une loi de 1992 (article L 521-1 et suivants).

Il y a aussi la convention de Paris et une directive du 13 Octobre 1998. La loi organise le dépôt des dessins et modèles puis définit les droits conférés par ce dépôt.

### **I. Le dépôt :**

Il y a les droits et œuvres protégées puis les formalités du dépôt.

#### **1. Les droits et œuvres protégées :**

L'article L 511-3 pose trois conditions pour accorder la protection :

- La forme doit être apparente ce qui est logique. Ex : un entrecroisement de lanière qui donne la souplesse d'un siège ne pourra être protégé que s'il est apparent
- La nouveauté : l'appréciation de cette nouveauté se fait par rapport à l'opinion des professionnels.
- Le dessin ou le modèle ne doit pas constituer une invention brevetable pour éviter un conflit de régimes. Si un même objet est à la fois un dessin ou modèle et un objet brevetable il sera protégé au titre du droit des brevets. Ex : le concorde. Ex2 : les planches à voile (CA de Paris le 26/02/1979).

#### **1. Les formalités de dépôt :**

Seuls sont protégés les dessins et modèles régulièrement déposés. Le dépôt se fait soit directement

à l'INPI soit au greffe du tribunal de commerce qui transmettra à l'INPI. Il comporte l'identité du déposant peine d'irrecevabilité et il comporte aussi une reproduction du ou des dessins ou modèles concernés. Plusieurs dessins ou modèles peuvent faire l'objet d'un dépôt. Le dépôt est rejeté s'il n'est pas présenté dans les formes et délais prescrits ou si sa publicité peut porter atteinte à l'ordre public et ou aux bonnes mœurs.

En principe le modèle ou dessin reste secret pendant le dépôt mais le déposant peut à tout moment requérir la publicité du dépôt notamment pour opposer la publicité au tiers. Une procédure simplifiée a été mise en place en 1994 pour les industriels qui renouvellent fréquemment leur création ou produit (mode...) article L 512-2 al 4 et R 512-10.

## **I. Quels sont les droits conférés par le dépôt ?**

On va voir le titulaire du droit et le contenu.

### **1. Le titulaire du droit :**

La propriété du droit ou modèle appartient au créateur ou à ses ayants droits. On présume que le

créateur est le 1<sup>er</sup> déposant (article 3 de la loi du 14/07/1909 article L 511-2 du CPI). Le premier propriétaire peut transférer ses droits par une cession ou une licence. Ce transfert doit être inscrit sur le registre national des dessins ou modèles.

### **2. Le contenu du droit :**

Le propriétaire du dessin ou modèle a un droit exclusif d'exploitation du dessin ou modèle.

D'autre part l'atteinte portée sciemment aux droits du déposant est punie d'une amende. L'action pénale ne peut pas être intentée avant que le dépôt n'ait été rendu public. Si les faits sont antérieurs il faut prouver la mauvaise foi de l'inculpé. Si les faits sont postérieurs c'est à l'auteur de l'atteinte de prouver sa bonne foi (article L 521-2). Le droit est limité à 25 ans à compter de la date du dépôt, c'est prorogeable pour une période complémentaire de 25 ans sur décision du titulaire (article L 513-1).

## **Partie II : Les biens envisagés globalement : le fonds de commerce :**

Il y a différentes sortes de biens et ce qu'il faut comprendre c'est qu'ils sont affectés à l'exploitation de l'entreprise et cette unité de but dans l'affectation commande un traitement juridique unitaire c'est pourquoi le droit les envisage comme un ensemble qui constitue en lui-même un bien global différent de l'ensemble des éléments. Par fonds de commerce on désigne l'ensemble des biens auxquels est attachée la clientèle d'une entreprise commune.

Cette unité est commode parce qu'elle permet que l'ensemble en tant que tel puisse faire l'objet d'actes juridiques. Ex : un commerçant veut se retirer, il ne va pas vendre distinctement chaque bien il va conclure un acte juridique unique dont l'objet sera le fonds de commerce.

Ce que nous allons étudier ce sont les règles applicables à cet ensemble. Le fonds de commerce est une notion, un mécanisme permettant de regrouper certains biens attachés à l'entreprise. Il existe un autre mécanisme : la mise en société qui consiste à affecter certains biens à une activité, c'est un autre mécanisme possible. L'efficacité du mécanisme sociétaire est très supérieur au mécanisme du fonds de commerce car :

- Le patrimoine social englobe tous les biens de l'entreprise alors que ce n'est pas le cas du fonds de commerce où certains biens restent à l'égard du fonds de commerce (l'immeuble, les créances).
- Le patrimoine social comporte un passif qui est autonome alors que le fonds de commerce n'a pas de personnalité juridique, il ne comporte que des éléments d'actifs, il ne reflète pas l'exacte situation juridique du capital.
- La forme sociale est mieux adaptée à la transmission de l'entreprise c'est d'autant plus remarquable que le fonds de commerce à l'origine a été créé pour ça.

Pourquoi est-ce plus simple de céder une société ?

- Car le transfert peut se faire de façons différentes : transfert d'actifs, transfert du patrimoine et surtout on peut transférer les titres sociaux. En ce qui concerne les grandes entreprises la notion de fonds de commerce disparaît, s'évapore au profit des mécanismes sociétaires, il est rarissime en ce cas de passer par le fonds de commerce.

En contrepartie il y a un inconvénient qui est aussi un avantage : si on achète une entreprise sous

forme sociétaire on est à la tête du patrimoine de la société (passif et actif). Si on évalue mal le passif c'est un risque alors qu'avec le fonds de commerce il n'y a pas de passif donc pas de risque. Pour palier à ce risque celui qui acquiert la société se fait accorder par le cédant une garantie de passif.

Voyons en deux chapitres : la notion de fonds de commerce et les contrats dont il peut faire l'objet.

### **Chapitre I : La notion de fonds de commerce :**

La notion de fonds de commerce s'est dégagée à la fin du XIX avec une loi de 1872, le premier à saisir cette valeur a été le fisc pour l'enregistrement des mutations, puis une loi de 1898 a créé le nantissement du fonds de commerce qui est un gage sans dépossession. Le droit positif est composé de deux grands textes :

- Le texte de 1909 relatif à la vente du Fonds de commerce et au nantissement.
- La loi de 1956 sur la location gérance du fonds de commerce (article L 144-1 du code de commerce).

Le législateur s'est référé au fonds de commerce pour réglementer les contrats dont il est l'objet. A

cela il faut ajouter que le décret de 1953 sur la propriété commerciale fait de l'existence d'un fonds de commerce la condition d'existence d'un bail commercial (article L 145-1). Il n'existe pas de statut général du fonds de commerce. Le fonds de commerce est une notion jurisprudentielle.

On va définir les éléments constitutifs puis l'analyse juridique qu'on peut en faire.

## **I. Les éléments constitutifs :**

Le fonds de commerce regroupe les biens affectés à l'entreprise mais pas tous, il englobe la clientèle qui pourtant n'est pas un bien. Il y a donc les biens exclus du fonds de commerce, ceux qui sont inclus puis la clientèle.

### **1. Les biens exclus du fonds de commerce :**

Il y a deux catégories de biens qui sont nécessaires à l'entreprise mais qui sont exclus du fonds de

commerce :

- Les créances, dettes, contrats car ils sont trop liquides.
- Les immeubles car ils sont trop stables.

#### **a. Les immeubles :**

Leur exclusion date de la loi de 1909 sur la vente et le nantissement. Ça vient de la volonté du

Législateur. La théorie du fonds de commerce a été faite pour les petits commerçants rarement propriétaires de leurs locaux. Autre raison : le droit immobilier vient du droit civil et du droit romain et ces règles seraient difficilement adaptables au fonds de commerce. Le fonds de commerce ne comprend pas les immeubles dont le commerçant est propriétaire, qu'il utilise pour son entreprise : la jurisprudence est ferme : elle exclut les immeubles par nature et par destination (article 524 du Code Civil) c'est un risque permanent.

L'exclusion des immeubles comporte des inconvénients quand le commerce est propriétaire des murs :

- Ca risque de paralyser le fonctionnement de l'entreprise si l'immeuble est dissocié du fonds par succession...
- Ca gêne le crédit d'entreprise puisque ça amoindrit la valeur du fonds.
- Ca complique la vente du fonds qui est un mécanisme unique permettant par un acte de transmettre le fonds de commerce. Si les murs sont distincts il faudra deux actes : un pour les murs et un pour le fonds de commerce.

Notons qu'on pourrait imaginer d'intégrer les immeubles dans le fonds de commerce. Une loi de

1961 sur l'attribution préférentielle de l'entreprise montre ce qu'on pourrait faire : c'est un mécanisme spécial du droit du partage, on peut demander l'attribution préférentielle de l'entreprise dans laquelle on a travaillé. On s'est référé au concept d'entreprise ce qui a permis d'inclure les immeubles.

## **b) Les créances, les dettes :**

C'est facile à comprendre, le fonds de commerce n'est pas un patrimoine autonome donc il n'a ni créances ni dettes mais il en génère et elles sont rattachées au patrimoine du commerçant donc le fonds de commerce n'entraîne pas transmission des créances et des dettes. Les contrats ne sont pas non plus transmis alors même qu'ils sont nécessaires à l'exploitation.

La CA de Paris le 19/06/1991 a jugé que les contrats ne sont pas transmis (de plein droit). Il y a des exceptions à ce principe :

- L'exception de l'article L 122-12 du Code du Travail : les contrats de travail lient le nouvel employeur, les contrats de travail sont cédés avec le fonds.
- Les contrats d'assurance sont eux aussi transmis avec les objets assurés (article L 121-10 du code des assurances) ; ça n'empêche pas l'acquéreur de les résilier.
- Le bail commercial est transmis car c'est un élément du fonds de commerce. Il faut qu'il ait été mentionné et notifié au propriétaire sauf stipulation de celui-ci d'une clause d'agrément (article L 145-16 du code de commerce). On peut demander au tribunal de passer outre un refus.
- Les contrats d'édition lient les auteurs à l'entreprise d'édition et sont transmis avec le fonds de commerce de l'éditeur.

En dehors de cela le principe est que les contrats restent dans le patrimoine de l'entrepreneur. Il y

a des aménagements prévus par les textes :

- Le CGI prévoit que l'acquéreur et le cédant du fonds sont solidairement responsables des BIC sur l'année en cours, c'est une garantie formelle accordée au FISC.
- Lorsque la cession est purement contractuelle il est possible de prévoir en plus et expressément qu'un contrat fait parti de la cession. Dans ce cas là on considère que c'est une cession de créance, le cédant n'est pas déchargé si le créancier n'accepte pas expressément de le faire (c'est un mécanisme de cession, de délégation).

### **1. Les biens compris dans le fonds :**

Les articles L 141-5 et L 142-2 citent expressément comme bien : l'enseigne, le nom commercial,

le droit au bail, le matériel ou l'outillage, les marchandises les droits de propriété industriels, littéraires ou artistiques.

Parmi ces biens certains sont corporels, d'autres sont incorporels, tous sont des meubles. Si les biens sont affectés à une entreprise ils font parti du fonds de commerce d'un entrepreneur, ça ne veut pas dire que toutes les entreprises comprennent ces biens ex : fonds de commerce



sans droit au bail ou sans marchandises... C'est juste la liste des différents biens susceptibles d'entrer dans le fonds de commerce.

Pour les biens incorporels la liste n'est pas limitative, cependant il est difficile d'établir la liste des éléments non cités. Quel est l'enjeu ? Si on conclut un contrat dont l'objet est le fonds de commerce, il faut savoir avec certitude ce qui a été cédé et ce qui est resté en dehors. En l'absence de stipulation expresse il vaut mieux ne pas laisser dans le fonds de commerce.

Font parti du fonds de commerce même s'ils ne sont pas cités, certains droits qui permettent l'utilisation stable du fonds de commerce. Par exemple : le droit résultant d'une concession immobilière (loi de 1967), le droit d'occupation privative sur un marché d'intérêt national...

En revanche ne peut pas faire parti du fonds de commerce le droit résultant d'une concession sur le domaine public car une telle concession est précaire ce qui est incompatible avec la stabilité du fonds de commerce.

Par ailleurs entre également dedans les licences et autorisations nécessaires à l'exploitation du fonds de commerce à conditions qu'elles ne soient pas attachées à la personne. Ex : les licences d'exploitation des pharmaciens, pareil pour les licences des débits de boisson, ce n'est pas le cas pour les agents immobiliers ou de voyage qui sont délivrés en fonction de l'aptitude personnelle (tout ce qui est *Intuitu personae* n'est pas cessible).

Il y a aussi l'obligation et la créance de non concurrence qui est cédée avec le fonds de commerce. L'acquéreur du fonds de commerce peut exiger du débiteur de non concurrence le respect de cette obligation.

### **La clientèle :**

La loi de 1909 cite la clientèle et l'achalandage (le chaland est le client). La clientèle désigne une

relation personnelle alors que l'achalandage est la clientèle potentielle. C'est l'ensemble des personnes qui se fournissent auprès de l'entreprise concernée. On ne peut pas s'approprier les personnes mais l'espoir de maintenir le chiffre d'affaire généré par ce flux de clientèle représente une valeur qui fait parti de la valeur du fonds.

L'inclusion de la clientèle dans le fonds pose un double problème :

- La clientèle n'est pas un bien au sens juridique du mot. L'entrepreneur n'a aucun droit sur ses clients. Si la clientèle est un élément du fonds de commerce c'est un élément différend.
- D'un autre côté la clientèle est l'élément essentiel du fonds de commerce, la jurisprudence a posé ce principe et tout le monde l'admet. Ce qui fait l'unité du fonds de commerce, la motive c'est la recherche d'un profit. La valeur du fonds de commerce ne résulte pas que de l'assemblage des biens il dépend du chiffre d'affaire réalisé donc de la clientèle. La clientèle est donc le signe de l'existence d'un fonds de commerce. Quelle conséquence attacher à ce principe ainsi énoncé ?

#### **a. La clientèle est une condition d'existence du fonds :**

Il en résulte deux choses :

- Le fonds naît quand apparaît la clientèle.
- Il cesse d'exister quand disparaît la clientèle.

Il y a un manque de précision, combien de client ? Les commerçants qui n'ont pas de clientèle

propre ne sont pas propriétaires d'un fonds de commerce, ex : ceux qui bénéficient de la clientèle d'autrui. Il n'y a pas de droit au renouvellement du bail commercial s'il n'y a pas de clientèle propre. Le droit au renouvellement est réservé aux commerçants propriétaires de leur fonds.

Ex : si on vend l'entreprise et les biens qui la compose on ne vend pas un fonds de commerce, un des 1<sup>er</sup> cas date de l'arrêt d'assemblée plénière du 24/04/1970 concernant une buvette sur un champ de course : il n'y a pas là de clientèle propre donc ce n'est pas un fonds de commerce et il n'y a pas de droit au renouvellement de bail commercial. Pareil pour les stations essences, les concessionnaires de marques connues. Il y a des hésitations pour les concessions de marchés publics et les commerçants avec un emplacement dans un centre commercial. La clientèle est une condition d'existence du fonds de commerce.

#### **b) La clientèle est aussi une condition de transmission du fonds de commerce :**

Il en résulte trois choses :

- La vente du fonds suppose que la clientèle passe à l'acquéreur. Les biens servent à l'exploitation de l'entreprise et il faut se demander si parmi ceux vendus il y a celui qui est le plus important pour attirer la clientèle ? Si oui c'est une vente de fonds de commerce si non ça n'en est pas une. Ex : dans un commerce de quartier le plus important c'est le droit au bail (le fait qu'il soit dans le quartier), s'il n'y a pas cet élément on a une vente de biens isolés.
- 2<sup>ème</sup> effet : quand une vente a pour objet un fonds de commerce, le vendeur est obligé de transmettre la clientèle à l'acheteur. S'il ne le fait pas il manque à son obligation de délivrance.
- 3<sup>ème</sup> et dernier effet : dans le cas où un même fonds comprend plusieurs branches d'activité la vente d'une de ces branches est selon les cas une vente d'éléments séparés ou une vente de fonds de commerce. Le critère est de savoir si une clientèle est attachée à la branche. On peut exploiter la clientèle d'autrui et ne pas être propriétaire du fonds de commerce. Il n'est pas nécessaire d'être propriétaire d'un fonds de commerce pour être commerçant.

On va étudier les éléments qui le composent.

### **I. La nature du fonds :**

Ce qui explique l'unité du fonds c'est l'affectation commune des éléments disparates. Quelle est la

nature juridique ? Ce n'est pas un patrimoine donc ça ne pourrait être qu'un meuble incorporel.

### **A. Ce n'est pas un patrimoine :**

On pourrait voir le fonds de commerce comme un patrimoine, on pourrait y voir une universalité de droits mais ce n'est pas possible à cause de l'article 2092 du Code Civil et l'unité du patrimoine. Seule la personne a un patrimoine et elle ne peut en avoir qu'un. On pourrait contourner ce problème en parlant de patrimoine d'affectation mais le droit Français a toujours refusé. Donc on applique le principe de l'unité du patrimoine à toutes les entreprises mais ce n'est pas pareil selon qu'on a une entreprise individuelle ou en forme sociétaire.

- Pour l'entreprise individuelle : le commerçant personne physique a un patrimoine avec :
  - A l'actif les biens qui composent le fonds de commerce, le droit au bail, mais aussi tout ce qui compose son patrimoine personnel : tous les biens non affectés à l'activité professionnelle.
  - Au passif il y a l'ensemble des dettes du commerçant mais il y a aussi les dettes personnelles.

Tout cela est mélangé et gouverné par l'article 2092 du Code Civil qui veut que chacun réponde de toutes ses dettes sur tous ses biens, donc en cas de problème les créanciers peuvent se servir sur les biens personnels. Chacun comprend que cela est très dangereux pour le commerçant. La loi de 1985 a introduit un remède : l'EURL qui permet de remédier à la dangerosité de cette règle c'est une SARL à associé unique. Ça permet de séparer la partie professionnelle de la partie personnelle du patrimoine, ça se passe en application du droit des sociétés. Ce n'est pas le droit du fonds de commerce qui permet d'y arriver. On est déjà avec cela dans le droit des sociétés.

Le fonds de commerce appartenant à une société n'a pas plus de patrimoine que le fonds de commerce exploité par une personne physique, il n'a pas de patrimoine propre, car le patrimoine est celui de la personne qui existe : la société pas le fonds de commerce. Une confusion tend à se produire entre fonds de commerce et patrimoine social. Quelques solutions montrent qu'il y a confusion entre le fonds de commerce et la société. Voyons trois exemples :

Ex 1 : Le cas des sociétés à responsabilité illimitée, dans ces sociétés les associés répondent sur les biens du fonds et sur leurs biens personnels des dettes sociales.

Ex 2 : Le fonds de commerce ne coïncide pas avec le patrimoine social car certains biens de la société restent en dehors du fonds et sont donc dans le patrimoine social ; et pourtant comme le fonds ils répondent des dettes sociales.

Ex 3 : Il peut arriver qu'une même société exploite deux ou plusieurs fonds de commerce, là le principe de l'unité du patrimoine entraîne que les dettes d'un fonds sont garanties par tous les biens du patrimoine social et donc les autres fonds de commerce. Même avec une société il n'y a pas coïncidence juridique parfaite entre la personne qui exploite le fonds et le fonds de commerce.

## **A. La nature du fonds de commerce :**

Le fonds de commerce n'est ni un patrimoine ni une personne. Alors même qu'il est exploité en

société le fonds de commerce ne coïncide pas avec le patrimoine social car certains biens du patrimoine social sont exclus du fonds de commerce comme l'immeuble et les créances.

Qu'est ce que le fonds de commerce ? C'est un meuble incorporel. Le patrimoine est un ensemble de biens avec un actif, un passif, donc on parle d'une universalité de droit, ici avec le fonds de commerce on a la même chose le passif en moins donc on parle d'universalité de fait. Le fonds de commerce est une unité, un bien unitaire distinct de ce qui le compose.

Le fonds de commerce est une valeur en soi dont le propriétaire peut disposer en le vendant, le louant ou en s'en servant comme nantissement. Tout commerçant avec un fonds de commerce est à la tête d'un capital et le fonds de commerce compose une partie des revenus. En période de faible concurrence il apporte la sécurité mais l'amortissement du capital se répercute sur les prix ce qui peut poser des problèmes pour les clients.

Les commerçants ont investi un capital dans le fonds de commerce et avec la concurrence cette valeur a tendance à disparaître pour ne laisser que le droit au bail. Si un bien a une valeur il faut le classer donc on parle de meuble incorporel.

### **Le fonds de commerce est un meuble :**

L'article 516 du Code Civil classe les biens en meubles et immeubles, cette classification est limitative, les meubles sont considérés comme ayant peu de valeur il est donc étrange de classer le fonds de commerce dans cette catégorie, pour compenser on lui applique le régime protecteur des immeubles avec : le nantissement qui se rapproche de l'hypothèque sur les immeubles et la vente qui est soumise à un régime proche de la vente des immeubles. Pour ce qui est de la communauté des époux les actes sont qualifiés d'actes de cogestion comme pour les immeubles.

#### **1. Le fonds de commerce est un meuble incorporel :**

Il n'a pas de matérialité, c'est une notion abstraite et il en résulte que les règles applicables aux

meubles corporels ne jouent pas à son égard dont notamment la règle de l'article 2279 du Code Civil. Ca veut dire qu'entre deux acquéreurs successifs d'un même fonds on n'applique par la règle de l'article 2279, on ne préfère pas le 1<sup>er</sup> mis en possession de bonne foi.

Ici celui qui acquiert la propriété est celui dont le titre est le plus ancien qu'il ait été ou non mis en possession ; c'est une vieille solution un peu absurde. Aujourd'hui on considère qu'il n'y a pas de raison d'écarter le 1<sup>er</sup> à avoir été mis en possession. Cette solution est de pure opportunité, cette solution est de nature à bouleverser les choses donc hormis la théorie pure on préfère appliquer l'article 2279 du Code Civil. La doctrine s'est demandée quelle est la nature de ce bien : certains disent que c'est un droit de clientèle...

## **Chapitre II : Les actes juridiques ayant pour objet le fonds de commerce :**

Il y a trois actes juridiques dont le fonds de commerce peut être l'objet : il peut être donné en gérance, garantir un crédit ou être vendu.

### **Section I : La gérance du fonds de commerce :**

Un fonds est fait pour être exploité ce qui revient à exploiter une entreprise pour en tirer des profits grâce à la vente de marchandises ou de services. Comment exploite-t-on ? Il y a deux façons :

- On peut exploiter soi-même : c'est l'exploitation directe, c'est le plus fréquent : le commerçant fait les actes lui-même en son nom propre.
- On peut confier l'exploitation à un tiers : gérant qui agit pour le compte du propriétaire, là il faut distinguer selon que
  - Le propriétaire garde seul la vocation aux bénéfices et le commerçant assume seul les pertes et profits.
  - Ou alors le gérant est salarié mandataire ou succursaliste.
- Autre forme de gérance : on confie les risques et profits de l'exploitation à un locataire gérant.

On va parler de la gérance du fonds.

#### **Paragraphe I : L'exploitation directe avec un gérant :**

Il y a gérance mais c'est comme s'il y avait exploitation directe car les pertes et risques sont pour

l'exploitant, le commerçant. Le gérant salarié est lié au propriétaire par un contrat de travail, il est subordonné et rémunéré par un salaire, il bénéficie de la protection du droit du travail et du régime général de la sécurité sociale. Si un litige naît avec le propriétaire il relève du tribunal des prud'hommes.

Autre possibilité : on a un gérant mandataire ou succursaliste : ce type de gérant est surtout utile pour les fonds de commerce comportant des succursales ou agences qui sont des points de vente de l'entreprise non dotés de la personnalité juridique. Il peut être doté de la personnalité juridique mais alors on parle de filiale.

Chaque agence est dirigée par un gérant, mandataire de l'entrepreneur : il est rémunéré soit par une somme forfaitaire soit par un pourcentage du chiffre d'affaire. Ce gérant succursaliste est évidemment plus indépendant qu'un salarié car par définition il n'est pas salarié donc il n'est pas subordonné mais il n'est pas pour autant totalement autonome, son statut est hybride :

- Il bénéficie d'un côté de certaines règles du droit de travail : salaire minimum, SMIC...
- Il bénéficie de la protection sociale : couverture sociale, protection sociale, congés payés.

- Les litiges sur les conditions de travail relève du conseil des prud'hommes.

D'un autre côté les gérants succursalistes des commerces d'alimentation de détail sont gérés par

une loi du 3/07/1944 article L 782-1 du Code du Travail et leurs litiges portant sur les modalités d'exploitation commerciales relèvent du tribunal de commerce. Le gérant succursaliste est seul employeur des salariés qu'il embauche ; il est en situation de faiblesse et il est parfois amené à signer avec le propriétaire des contrats comportant des clauses dangereuses ex : l'obligation de réaliser un chiffre d'affaire minimum sous peine de rupture, ces dangers sont graves lorsque le marché du travail est étendu.

Parfois la gérance mandat se rapproche de la location gérance mais il y a une différence essentielle : c'est une forme d'exploitation directe, donc le propriétaire reste exploitant commerçant alors que la location gérance fait perdre au propriétaire sa qualité d'exploitant.

### **Paragraphe II : La location gérance :**

C'est un contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce le donne en location à une autre personne qui devient l'exploitant du fonds, c'est un gérant libre qui devient l'exploitant du fonds ; c'est comparable au fermage en matière agricole. Ce contrat est utile pour le propriétaire qui ne peut pas exploiter le fonds mais veut garder le capital. Pour le locataire gérant ça lui permet d'exploiter une activité commerciale alors qu'il n'a pas les capitaux pour acheter le fonds de commerce.

Dans la procédure de liquidation judiciaire le fonds de commerce est donné en location à une société de gérance pendant la procédure. La conclusion d'un contrat de location gérance est souvent un préalable à la cession, vente, elle permet au futur acquéreur de tester. Pendant longtemps il y avait une totale liberté sur ces contrats puis deux lois sont intervenues : la loi sur les baux de 1953 et la loi du 20/03/1956 qui régit depuis la matière avec les articles L 144-1 et suivants du Code de Commerce. Précisons la nature, le contenu du contrat puis la portée de l'intervention du législateur.

#### **La nature du contrat :**

La location gérance est un louage, l'objet de ce louage est le fonds de commerce qui est un meuble

incorporel : or l'article 1713 du Code Civil dispose que l'on peut louer des meubles ou immeubles donc on peut louer le fonds de commerce. Il faut distinguer la location gérance de la gérance ordinaire et du bail commercial.

#### **La location gérance et la gérance ordinaire :**

Dans la gérance ordinaire c'est le propriétaire qui exploite le fonds par l'intermédiaire d'autrui. Ça distingue la gérance salariée de la gérance libre car dans la location gérance c'est le gérant libre qui exploite pour son propre compte comme il l'entend. C'est lui qui a la qualité de commerçant ou artisan, il perçoit les bénéfices et supporte les pertes. Le propriétaire n'a plus rien à voir avec l'exploitation, il reçoit une rémunération forfaitaire globale et si c'est une personne physique il perd la qualité de commerçant. Lorsque le

propriétaire et le gérant décident de se répartir les bénéfices du fonds de commerce la netteté de la distinction disparaît. On peut se demander si c'est le propriétaire qui rémunère le gérant auquel cas c'est de la gérance ordinaire ou est-ce que c'est le gérant qui rémunère auquel cas on a une location-gérance. Il faut déterminer qui dirige l'exploitation. Si c'est le propriétaire on a une gérance pure et simple sinon c'est une location gérance. Deuxième problème : lorsque les gérants versent un loyer au propriétaire il ne jouit que d'une liberté réduite : ex : les gérants de stations services pour lesquels les conditions et instructions sont données par la compagnie. Ces gérants sont à la fois des locataires gérants soumis à l'article L 144-1 du Code de Commerce et ce sont aussi des employés en état de subordination.

### **Distinction entre location gérance et bail commercial :**

Ce sont deux louages, deux contrats de location mais avec un objet différent.  
La location gérance

visé le fonds de commerce alors que le bail vise les murs. Lorsque le contrat vise le local et le matériel d'exploitation il n'est pas facile de le qualifier car en plus certains fraudeurs entretiennent cette confusion pour échapper aux règles impératives des baux commerciaux en déguisant le contrat en location gérance ou inversement il se disent bailleurs commerciaux...

Il y a un outil fin pour qualifier : c'est la clientèle. Il y a location gérance seulement si une clientèle est transférée du loueur au locataire. S'il n'y a pas de clientèle il n'y a pas de fonds donc on ne peut louer que le fonds. Problème, à chaque cas il faut savoir s'il y a clientèle.

Ex : pour un gérant de station service : une compagnie pétrolière donne à des époux le location gérance, un litige survient entre les parties car les gérants prétendaient que la convention avait été inexactement qualifiée de louage ; qu'il y avait en réalité bail commercial... pour démontrer l'argumentation il fallait montrer que le contrat portait sur un objet auquel était attaché une clientèle. On a retenu en l'espèce que c'était le cas, ici on venait d'ouvrir. Cette solution a été retenue par l'arrêt Cass. Com. 27/02/1973 la clientèle existait déjà comme ...

Autre problème : lorsque le propriétaire du fonds est en même temps locataire des murs c'est le cas le plus fréquent. La location gérance n'est-elle pas ici une simple sous-location des murs camouflée ? Quel est l'enjeu ? C'est l'article L 145-31 du Code de Commerce qui prévoit que toute sous-location est interdite sauf stipulation contraire du bail. Selon que la réponse le bailleur peut ou non refuser le renouvellement du bail. La solution de principe est que la location gérance n'est pas une sous-location car elle porte sur le fonds et non pas le local. Les règles qui concernent la sous-location ne sont pas ici applicables.

Ex : un locataire commerçant demande le renouvellement de son bail commercial, le bailleur refuse et il se base sur une infraction du preneur à une clause du contrat, il aurait sous-loué alors que c'est interdit. Il est jugé que le locataire a droit au renouvellement car :

- Le texte ne subordonne pas le renouvellement à une exploitation personnelle du fonds de commerce (article L 145-8 Code de Commerce).
- La location litigieuse sur laquelle se fondait le propriétaire n'était pas une sous-location de locaux à usage commercial, c'était une location gérance de fonds de commerce donc il n'y avait pas violation du contrat (Cass. Com. 8/02/1949).

Ce n'est pas une sous-location et le propriétaire de l'immeuble n'a de relations juridiques qu'avec

son propre locataire : le propriétaire du fonds de commerce : c'est ce dernier qui demande à bénéficier du renouvellement et qui doit payer les loyers. C'est une solution curieuse car il n'a plus la qualité de commerçant vu qu'il n'exploite plus le fonds de commerce. Revenons à l'exemple de sous-location : le propriétaire ne peut-il pas s'opposer à ce que cet immeuble fasse l'objet d'un contrat de location-gérance ? Si : le bailleur peut imposer par contrat au locataire d'exploiter personnellement le fonds de commerce. L'interdiction de la location gérance peut être tacite c'est licite. En cas de procédure collective cette clause est paralysée si la location gérance est ordonnée dans cette procédure.

### **Le contenu du contrat de location gérance :**

Le maître mot ici est la liberté contractuelle : il n'y a même pas de forme écrite imposée, mais en

Réalité on en rédige un. La location gérance entre dans le champ de la loi Doubin de 1989 qui impose une information précontractuelle sur le propriétaire du fonds de commerce qui met à disposition les signes de ralliement de la clientèle et impose une exclusivité. Les textes imposent alors la remise d'un document contenant des informations sincères permettant d'apprécier en connaissance de cause, c'est comme dans le franchisage.

### **Le fonctionnement de la location gérance :**

L'effet essentiel de ce contrat est de conférer un droit de jouissance sur le fonds ce qui suppose qu'on laisse à dispositions du locataire gérant les biens du fonds de commerce et la clientèle. On interdit au propriétaire du fonds de commerce de se rétablir pendant la durée du contrat près du fonds de commerce loué, c'est une obligation de non concurrence automatique. En contrepartie de ces prérogatives le locataire gérant doit exploiter le fonds de commerce en bon père de famille à défaut le fonds de commerce perd de sa valeur. Donc le contrat précise des obligations incombant au preneur pour une bonne gestion. Le locataire gérant ne bénéficie pas de la possibilité de déspecialisation. Le prix obéit au même principe de liberté : le loyer est librement fixé c'est un prix fixe ou un pourcentage du chiffre d'affaire. Il n'y a aucune révision triennale qui est prévue. Il peut y avoir une clause d'échelle mobile qui fait varier le prix selon des critères, on applique alors l'article L 144-11 et -12 du code de commerce qui prévoient une révision judiciaire en cas de problèmes. L'économie générale de ces articles est la suivante : chaque fois que par le jeu de cette clause le loyer a été modifié de plus de 25% une révision judiciaire peut être demandée ce qui relève de la compétence du Président du TGI. Presque tous les contrats contiennent une clause de résolutoire expresse en cas de non paiement. Ajoutons que généralement ce contrat est conclu intuitu personae. Le locataire gérant ne peut pas céder son droit sur le fonds ni le sous-louer. Evidemment à moins qu'une stipulation du contrat le prévoit.

### **L'expiration du contrat de location gérance :**

Il y a des causes accidentelles :

- Le défaut de paiement du loyer.
- La liquidation judiciaire.



- Le décès du locataire.

Dans le cas normal ce contrat expire à l'arrivée du terme extinctif prévu. Les parties ont une totale

liberté. Le bailleur en général stipule une durée de 3 ans. Le locataire gérant n'a pas de droit au renouvellement, donc à l'arrivée du terme extinctif ; à défaut d'un nouvel accord il doit restituer le fonds au propriétaire. Cette expiration entraîne deux conséquences spéciales :

- Elle rend immédiatement exigible les dettes qui se rapportent à l'exploitation du fonds (article L 144-9) et qui ont été contractées pendant le contrat, il s'agit de protéger à terme les créanciers.
- D'autre part il est interdit au locataire gérant d'exercer un commerce concurrent près du fonds de commerce restitué, on protège le propriétaire. En général les contrats précisent la portée de cette clause mais ne la crée pas, on le fait au moyen de clauses souvent dures à interpréter. Ex : un contrat de location gérance fait interdiction au gérant de s'intéresser directement ou indirectement à un fonds de commerce de même nature pendant 3 ans après l'expiration du bail, est-ce que ça interdit également d'être salarié dans un commerce de même nature ? Oui selon un arrêt de la Cour de Cassation de 1985. La clause interdit de s'intéresser directement ou indirectement.

A l'expiration du contrat, le fonds de commerce peut avoir changé de valeur ou de consistance,

une des parties peut-elle alors demander à ce titre une indemnité à l'autre ? Les contrats gèrent ce problème en général dans un sens favorable au loueur.

Ex : le loueur ne devra aucune indemnité au titre des éléments nouveaux incorporés dans le fonds de commerce. Mais le locataire gérant devra indemniser le loueur en cas de diminution de la valeur du fonds. Le propriétaire doit reprendre les salariés embauchés par le locataire gérant (article L 122-12 du CT) mais il n'est pas tenu de reprendre les stocks.

Certains contrats de location gérance contiennent une promesse de vente du loueur au locataire gérant. Dans ce cas le locataire gérant à l'expiration n'est pas tenu de restituer le fonds de commerce, il peut se porter acquéreur en payant un prix résiduel tenant compte des différents loyers déjà versés. On peut ainsi vendre un fonds de commerce à crédit tout en donnant au propriétaire la meilleure garantie : il reste propriétaire jusqu'au complet paiement. Ça permet à l'éventuel acheteur de vérifier que le fonds lui convient et il peut économiser. Il est même possible de conclure un contrat de crédit-bail ayant pour objet un fonds de commerce.

Ex : on veut acheter un fonds de commerce mais on n'a pas les fonds : on s'adresse à un établissement financier qui achète le fonds de commerce puis conclut un contrat de crédit-bail avec le futur propriétaire qui devient locataire du fonds puis paye un prix résiduel à la fin.

### **L'intervention du législateur :**

Elle est ancienne, la location gérance a connu un grand développement entre les deux guerres

Mondiales du fait de ses avantages et elle résout les problèmes d'incapacité. Il y a eu des dérapages d'où une loi du 20/03/1956 codifiée à l'article L 144-1 et suivants du code de commerce. Le législateur veut ici par les règles impératives d'une part lutter contre la spéculation et d'autre part protéger les créanciers.

### **La lutte contre la spéculation :**

1<sup>ère</sup> catégorie de règles : comme on peut séparer le fonds de commerce et les murs cela peut inciter les investisseurs à spéculer sur des fonds de commerce achetés puis donnés en location gérance : en période d'augmentation de la valeur du fonds de commerce, l'opération est avantageuse. Problème : il y a augmentation d'achat des fonds de commerce d'où l'inflation dont le consommateur fait les frais. C'est pourquoi l'article L 144-3 subordonne la location-gérance à deux conditions :

- Il faut que le loueur ait été commerçant ou assimilé pendant un minimum de 7 ans.
- Il faut avoir exploité le fonds de commerce considéré pendant au moins 2 ans.

On élimine ainsi cette intermédiation parasite.

Les conditions de délai s'appliquent au propriétaire du fonds qui donne en location gérance mais aussi au locataire gérant qui veut donner en sous-location. Ex : un locataire gérant donne en sous-location. Le sous-locataire ne paye pas, il est assigné et reconventionnellement il demande la nullité de la sous-location car le sous-loueur n'avait pas rempli les conditions de délai : la CA rejette puis la Cour de Cassation le 18 Octobre 1994 déclare que les conditions s'appliquent au propriétaire et au locataire qui sous-loue. C'est par un rapprochement entre l'article L 144-1 et l'article L 144-3 qu'on a déduit cette solution. Cette condition de délai est assortie d'une double sanction :

- Le contrat est nul et chacun peut l'invoquer contre l'autre mais pas les tiers locataires gérants. Il s'agit de lutter contre la spéculation et non pas de donner une arme au locataire gérant pour échapper à ses obligations.
- Le propriétaire du fonds de commerce est déchu du caractère de commerçant donc le bailleur peut reprendre le fonds de commerce sans payer l'indemnité d'éviction.

La loi a prévu des dispenses de délai car dans certains cas les conditions de délai risquent de gêner

la liberté de location alors qu'aucune spéculation n'est à craindre. Il y a deux formes de dispenses :

- Les dispenses légales : elles sont données selon l'article L 144-5 à l'Etat, aux collectivités locales, aux incapables, aux héritiers qui ne sont pas assujettis aux dispositions de l'article L 144-3. Le partage entre époux n'est pas compris dans cette liste.

- Pour les types particuliers de fonds de commerce comme des établissements de spectacle et les hypothèses dans lesquelles la location gérance est accordée par un fabricant distributeur à un distributeur exclusif (article L 144-5 2°).
- Enfin les dispenses légales intervenant dans un contexte (article L 144-8) : le cas du contrat de location gérance passé par des mandataires judiciaires dans le cadre des textes sur les procédures collectives (ex : période d'observation : le ministère public peut requérir la mise en location gérance, en cas de cession la location gérance est un prélude à la reprise : si ça n'aboutit pas il y a liquidation).

Problème de la vente du fonds de commerce donné en location gérance : doit-on appliquer les conditions de délai de l'article L 144-3 ? Non

Il peut aussi y avoir des dispenses judiciaires, une ordonnance du Président du TGI peut permettre de réduire ou de supprimer les délais de L 144-3 : quand l'intéressé justifie qu'il ne peut pas exploiter son fonds de commerce directement ou par le biais de préposés.

Aujourd'hui on peut contourner cela en créant une société qui peut être unipersonnelle puis recourir à un tiers.

### **La protection des créanciers :**

La location gérance fait courir un risque à ceux qui deviennent créancier spécialement les

fournisseurs car ils peuvent croire que leur interlocuteur est propriétaire du fonds de commerce alors qu'il n'en est que le locataire, pour éviter ce problème en 1956 le législateur a créé un système de publicité : il suffit de mentionner la location gérance au RCS et publier dans un journal d'annonces légales, aujourd'hui il n'y a plus à faire apparaître la qualité sur les papiers.

**Sanction en cas de non respect** : tant qu'il n'y a pas publicité au RCS il y a responsabilité solidaire aux dettes du loueur, pareil en cas d'absence de publicité dans un journal d'annonces légales. La responsabilité du loueur subsiste pendant 6 mois après la publication. Ça s'applique à toutes les dettes nées avant l'expiration des 6 mois, peu importe la bonne ou mauvaise foi des créanciers même ceux qui connaissaient la location gérance peuvent agir.

### **Section II : Les opérations de crédits garanties par le fonds de commerce :**

Le fonds de commerce est un bien, un capital et il peut être utilisé pour garantir un prêt au propriétaire ou pour garantir le paiement du prix de vente, avec le vendeur à crédit pour garantir le paiement de sa créance à un créancier du fonds de commerce.

Le problème c'est que les sûretés réelles supposent une dépossession qui est inenvisageable ici (L 521-2 du Code de Commerce), le propriétaire du fonds de commerce ne peut pas être dépossédé donc dès le XIX on a envisagé une dépossession symbolique et l'institution s'est pleinement développée quand le législateur a institué une sûreté sans dépossession.

Les textes qui régissent les garanties sont : la loi de 1909 relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce, ces textes régissent une sûreté conventionnelle : le nantissement du fonds de commerce puis une sûreté légale : le privilège du vendeur puis une sûreté judiciaire :

le nantissement judiciaire conservatoire du fonds (loi de 1991) qui est l'extension au fonds de commerce du mécanisme de l'hypothèque judiciaire conservatoire dont le pendant commercial est le nantissement judiciaire conservatoire. Enfin un texte plus récent a créé le crédit bail sur fonds de commerce.

Nous allons étudier deux choses :

- Le nantissement du fonds de commerce et le privilège du vendeur.
- Le crédit-bail sur fonds de commerce.

### **Paragraphe I : Le nantissement du fonds et le privilège du vendeur :**

On parle de gage ou nantissement. Les sûretés mobilières sont appelées gages s'il y a dépossession

et sinon on parle de privilège. Ici on parle de nantissement du fonds de commerce qui est une vraie hypothèque mobilière qui découle de l'inscription sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce.

Ce nantissement est une sûreté peu prise car lorsque sa réalisation interviendra il y a priorité au Trésor Public de plus le fonds de commerce dégage peu de bénéfices et c'est ce qui lui fait perdre sa valeur mais, l'avantage est que ça assure au créancier d'être averti de certains événements sur le fonds de commerce ; de plus ça évite que la sûreté soit accordée à un autre créancier. Il y a des caractères différents et des effets identiques.

#### **A. Les caractères spéciaux de chaque sûreté :**

##### **1. Le nantissement conventionnel :**

Ce nantissement est aussi depuis une loi de 1996 applicable au fonds de artisanal. Le nantissement

Conventionnel est un contrat entre le propriétaire et le créancier, il est constaté par un écrit qui peut être authentique ou sous seing privé à condition qu'il soit enregistré. C'est un acte qui greève de droit réels (article 1424 du Code Civil) le fonds en cas de régime matrimonial il faut la cession sinon action en nullité possible dans les deux ans (article 1427 du Code Civil).

Voyons deux points :

##### **a. L'assiette :**

Il y a la détermination initiale puis les modifications ultérieures :

- La détermination initiale est prévue à l'article L 142-2 : le nantissement ne peut pas porter sur une marchandise, elles entrent dans le fonds de commerce mais c'est un capital circulant mal adapté pour garantir un crédit.
- A défaut d'autres précisions (article L 142-2) il porte sur l'enseigne et le nom commercial, sur le droit au bail, la clientèle.

L'élément commun c'est que ce sont des éléments incorporels, la liste peut être rétrécie mais

l'objet doit être un fonds de commerce. Dans l'assiette de la sûreté il doit nécessairement figurer le fonds de commerce qui est l'élément le plus important pour attirer la clientèle sinon on a un contrat de gage ordinaire.

Les parties peuvent ajouter d'autres éléments dans la limite de l'article L 142-2 al 1 c'est-à-dire le mobilier commercial, le matériel ou outillage, les droits de propriété intellectuels littéraires et artistiques.

Deux remarques :

- La jurisprudence ne fait pas d'interprétation stricte : la licence de débit de boisson peut être comprise dans l'assiette du nantissement.
- Les immeubles par nature ou par destination sont exclus car ils n'entrent pas dans le fonds de commerce. Le nantissement du fonds de commerce présente peu d'intérêts quand le propriétaire du fonds de commerce est propriétaire du local car dans ce cas le droit au bail ne figure pas dans les biens et certains biens affectés sont des meubles par destination ce qui diminue la valeur du nantissement. Est-ce sans remèdes ? Le remède consiste à ce que le débiteur propriétaire s'engage dans l'acte constitutif du nantissement à donner en location le local à l'éventuel acquéreur du fonds qui ne sera effectif que si le créancier nanti fait vendre le fonds.

Les éléments de l'assiette peuvent être remplacés par d'autres (subrogation réelle) ex : un droit au bail est remplacé par l'indemnité d'éviction ou alors il est remplacé par un autre droit au bail. S'il y a un élément entièrement nouveau il n'y a pas de textes comparable à l'article 2133 du Code Civil selon lequel l'hypothèque s'étendrait à toute amélioration faite à l'immeuble hypothéqué et pourtant ici on retient tout de même la même solution du fait de l'unité du fonds et de la volonté des parties d'étendre le nantissement à tous les éléments du fonds (article L 142-1).

### **b) Les formalités d'inscription :**

L'essence du gage est le dessaisissement ici c'est remplacé par une publicité sur un registre du

greffe du Tribunal de Commerce et à peine de nullité du nantissement il faut faire cette inscription dans les 15 jours suivants l'acte constitutif. Il y a des formalités minutieuses avec la loi de 1909, pour obtenir la nullité il faut prouver l'inexécution des formalités et le préjudice. Le rang est déterminé par la date de l'inscription les créanciers inscrits le même jour entrent en concurrence (article L 142-5). Le nantissement est une sûreté transférable (en endossant le billet de fonds on peut céder la créance et la sûreté qui en est l'accessoire).

### **1. Le nantissement judiciaire :**

C'est une mesure conservatoire, ça veut dire que son objet est soit d'assurer la sauvegarde de

certaines biens ou de prévenir le péril qui menace le recouvrement d'une créance, afin que le créancier trouve le moment venu une valeur suffisante. Il y a deux types de mesures conservatoires :

- Celles qui frappent d'indisponibilité certains biens.
- Celles qui grevent certains biens d'une sûreté réelle.

Pour permettre au créancier qui en bénéficie d'acquiescer un droit sur la valeur de ces biens et de

bénéficier d'un rang préférentiel le jour où ils seront vendus, on passe devant ceux qui ont inscrits d'autres sûretés.

Les sûretés judiciaires datent d'une loi de 1955 qui a été réformée en 1991 1992 avec révision des procédures civiles d'exécution. Ce ne sont pas des dispositions spécifiques au nantissement mais les articles 77 et 79 de la loi du 10/07/1991 et 251 du décret d'application sont communs aux sûretés judiciaires.

### **1. Les conditions de l'inscription :**

Il suffit pour inscrire une sûreté provisoire d'avoir une créance qui semble fondée dans son principe et d'autre part il faut justifier de circonstances qui soient de nature à menacer le recouvrement de la créance. Mais il y a une procédure en deux phases :

- ✕ 1<sup>ère</sup> phase : on procède à l'inscription provisoire.
- ✕ 2<sup>ème</sup> phase : on procède à l'inscription définitive.

#### **L'inscription provisoire :**

Il faut distinguer : si le créancier a un titre exécutoire il n'a pas besoin d'autorisations préalables

du juge (titre exécutoire ou décision de justice même sans autorité de la chose jugée) ou encore si on a un titre cambial ou s'il s'agit d'un loyer impayé. On peut demander directement l'inscription d'un nantissement au tribunal de commerce.

Dans les autres cas l'inscription a un caractère judiciaire : il faut au préalable obtenir l'autorisation préalable du juge de l'exécution ou du Président du TC pour des créances commerciales (article 67 de la loi de 1991). L'autorisation est donnée par ordonnance sur requête et alors le créancier peut inscrire son nantissement provisoire. La publicité provisoire concerne cette sûreté pendant 3 ans (article 237 du décret d'application de 1992).

Le débiteur n'est toujours pas informé donc dans les 8 jours qui suivent l'inscription le créancier doit informer le débiteur par acte d'huissier et le débiteur peut obtenir la main levée s'il y a eu non respect des conditions de forme ou il peut aussi obtenir une réduction de l'assiette si la valeur des biens grevées est supérieure à la dette à garantir.

#### **L'inscription définitive :**

Pour y procéder il faut présenter un titre exécutoire : un jugement ayant force exécutoire, ça suppose que la procédure soit engagée. La procédure est engagée, elle débouche sur une décision :

- ✖ Si la décision est défavorable au créancier alors le tribunal prononce la radiation de l'inscription provisoire.
- ✖ Si la décision est favorable au créancier alors on passe à l'inscription définitive dans un délai de 2 mois à compter du jour où le jugement est passé en force de chose jugée (expiration du délai d'appel si on est en 1<sup>ère</sup> instance). C'est là qu'intervient l'intérêt de l'inscription provisoire, l'inscription définitive est inscrite au jour de l'inscription provisoire (on a rétroactivité). On est ainsi assuré de ne pas être court-circuité par des opérations en cours d'instance. Les biens grevés de la sûreté peuvent être aliénés mais le prix de vente est consigné au bénéfice du créancier dans l'attente du titre exécutoire.

Signalons quelle est l'incidence sur ce nantissement lorsqu'il y a ouverture d'une procédure

collective. Le nantissement garantit une dette antérieure donc le créancier devrait subir le même sort que ceux de la procédure collective. Il faut distinguer selon que la créance est intervenue avant ou après le début de la période suspecte (période commençant à la cessation des paiements et se terminant à l'ouverture de la procédure).

Cette période peut courir jusqu'à 18 mois avant le jugement d'ouverture. Si l'inscription est prise pendant la période suspecte le nantissement est annulé et la dette ne joue pas pour ne pas favoriser un créancier. Ce qui fonde cela c'est l'antériorité de la dette.

- 1. Le privilège du vendeur (articles L 145-1 et suivants) :**
- 2. Fonctionnement du mécanisme de cette sûreté :**

Si on vend le fonds de commerce, on est payé pour partie au comptant et pour le restant on

accorde un crédit donc on a besoin d'une garantie de paiement : le privilège du vendeur. Il suppose plusieurs conditions : article L 141-5 (constatation par acte authentique ou SSP enregistré). Ce privilège du vendeur aurait pu être évoqué pour la vente, il a les mêmes effets que le nantissement, ce qui aurait souligné le particularisme de son assiette. Il y a l'assiette et l'inscription :

- ✖ L'assiette est sur ce quoi la garantie est assise : ce sont les marchandises, elles sont exclues du nantissement mais pas du privilège du vendeur. Il fait l'objet d'un sectionnement et d'un ordre : le prix global est ventilé en trois parties : les marchandises, le matériel et enfin les éléments incorporels.

Ex : on vend un fonds 60.000 € qui se répartissent comme suit :

- ✖ 12.000 pour les marchandises.
- ✖ 12.000 pour le matériel.
- ✖ 36.000 pour les éléments incorporels.

Ce sectionnement est doublé d'un ordre car les paiements faits par l'acheteur s'imputent sur le prix de vente selon cet ordre ; c'est un cloisonnement rigide. Les moins values d'un poste ne peuvent pas être compensées par les plus values d'un autre. Le résultat est que ça joue contre le vendeur qui peut se retrouver simple créancier chirographaire alors que le fonds de commerce est vendu pour un montant supérieur à la valeur de sa créance.

Ex : un fonds est vendu 60.000 (prix de vente) qui se répartissent comme suit :

- ✕ 12.000 pour les marchandises.
- ✕ 12.000 pour le matériel.
- ✕ 36.000 pour les éléments incorporels.

Imaginons que la partie payée comptant soit de 18.000 €, il faut imputer sur les postes donc ses

18.000 se répartiront comme suit :

- ✕ 12.000 pour les marchandises : il n'y a plus rien à payer sur ce poste.
- ✕ 6.000 pour le matériel : restera à payer 6.000
- ✕ 0 sur les éléments incorporels (normal il n'y a plus rien) : restera à payer 36.000.

Il reste à payer 42.000 (6.000 + 36.000)

L'acheteur fait ensuite l'objet d'une procédure collective et il ne peut pas payer, les biens sont

vendus et on retire de la vente des biens :

- ✕ 9.000 sur les marchandises.
- ✕ 15.000 pour le matériel.
- ✕ 30.000 pour les éléments incorporels.

On a donc normalement de quoi payer le vendeur car le bénéfice de la vente est supérieur à la dette mais pourtant il ne sera pas payé en totalité car selon le principe que l'on a énoncé :

- ✕ Rien ne lui est dû sur le premier poste (marchandises) : rien à dire il a été ici payé.
- ✕ Sur le second poste on a réalisé une plus value donc on paye 6.000 au vendeur : ici il s'y retrouve il aura bien à la fin 12.000 pour ce poste les 6.000 déjà payés plus ces 6.000.
- ✕ Sur le dernier poste la vente a donné une moins value donc on ne lui donnera rien.

On veut ainsi protéger l'acheteur contre les mauvaises évaluations, ici on voit qu'il y a des



Eléments distincts les uns des autres qui ne se compensent pas. Le vendeur peut se protéger par une autre technique comme le nantissement :

- Il peut inscrire un nantissement conventionnel.
- Il peut imputer le prix payé au comptant sur les éléments incorporels donc dans l'exemple il conservera le privilège sur les marchandises et aura un nantissement sur les éléments incorporels. Il faut respecter l'ordre.

### **L'inscription du fonds de commerce :**

Elle doit être prise dans la quinzaine de l'acte de vente. La particularité est qu'elle rétroagit au jour de la vente s'il prend rang à compter du jour de la vente et non de l'inscription donc si l'acheteur confère un nantissement à un créancier il sera primé par le privilège du vendeur. Cette inscription est d'autant plus impérative que l'action résolutoire ne peut être conservée que s'il y a eu inscription de la créance.

### **Les effets communs aux trois sûretés :**

On peut établir deux idées :

- ✕ Elles emportent les mêmes droits que l'hypothèque.
- ✕ Elles emportent des prérogatives supplémentaires.

### **Les mêmes droits que l'hypothèque :**

Il y a :

#### **Un droit de préférence :**

Le créancier nanti est préféré sur le fonds de commerce au créancier chirographaire, c'est sensible en cas d'insolvabilité du débiteur (article L 143-3) on fait alors vendre le fonds de commerce et on se paye sur le prix. Les articles L 143-1 et suivants prévoient une procédure de vente forcée devant le tribunal de commerce mais en général ça a lieu dans une procédure collective. S'il y a plusieurs créanciers on regarde les dettes et on fait primer les plus anciens pour la date de l'inscription (article L 142-5).

Malgré ce droit de préférence ils ne sont pas toujours en rang utile pour être payés car il y a d'autres sûretés et créanciers qui passent avant eux :

- ✕ Le nanti sur l'outillage et le matériel est préféré au nanti sur le fonds de commerce. Plus l'assiette est étroite plus on prime (article L 529-9).
- ✕ Le privilège du Trésor articles 1920 et 1926 du CGI. Cette préférence s'exprime par le fait que le Trésor ne choisit pas ses débiteurs. Lorsque le Trésor est passé il ne reste souvent rien parce que en général on accumule un lourd passif fiscal quand il y a un problème. Il faut que le privilège soit inscrit.

- ✕ Le privilège de la sécurité sociale : il passera après celui du créancier nanti.

### **b) Le droit de suite :**

Le nantissement suit le fonds en quelques mains qu'il passe (article L 143-12). C'est le cas de la plupart des sûretés sans dépossession. Ça ne lèse pas les acquéreurs informés et ça renforce la sécurité des créanciers. Ce droit de suite est imparfait car il ne joue qu'en cas de vente du fonds de commerce et pas en cas de vente d'un élément isolé.

Le législateur organise une procédure dite de purge qui permet à l'acquéreur d'éliminer le nantissement qui grève le fonds : l'acquéreur d'un bien grevé ne verse pas le prix au vendeur il propose aux créanciers de les désintéresser à concurrence du prix de l'acquisition, il peut se trouver que les créances soient supérieures au montant de la vente donc il n'y aura pas désintéressement. La purge a cette vertu de faire disparaître les sûretés inscrites sans que les créanciers bénéficiaires soient intégralement payés.

Ils peuvent surenchérir et faire remettre le fonds de commerce en vente mais ils le font rarement dans la plupart des cas les créanciers acceptent et ça purge les droits réels, on les radie, il y a main levée.

S'ils estiment le prix insuffisant ils peuvent demander que le fonds de commerce soit mis aux enchères publiques à condition que le surenchérisseur propose le prix d'origine plus 1/10<sup>ème</sup>. Il faut ici être prudent.

### **Les prérogatives supplémentaires :**

Quelles sont elles ? Elles sont destinées à protéger le créancier inscrit contre une dépréciation

possible du fonds. Il s'agit de protéger contre cinq risques spéciaux entre lesquels le cumul est possible :

- ✕ Le risque de déplacement du fonds (article L 143-1) : les créances inscrites devenaient en pareil cas immédiatement exigibles si le propriétaire du fonds n'a pas prévenu quinze jours auparavant.
- ✕ La déspecialisation du fonds de commerce, le changement total d'activité. Lui aussi doit être préalablement notifié et la protection ici est que les créanciers (article L 145-19) peuvent demander que le changement d'activité soit subordonné à des conditions de nature à sauvegarder leurs intérêts. En cas de déspecialisation simple rien n'est prévu (ajout d'activité connexe et supplémentaire).
- ✕ La menace de résiliation du bail : elle doit être préalablement notifiée L 143-12. Cette information est un pouvoir fort car étant avertis ils peuvent conjurer les menaces existantes en exigeant ou assurant le paiement des loyers. Si la notification n'est pas faite la résiliation du bail leur est inopposable et ils peuvent demander des dommages intérêts au bailleur.
- ✕ La vente séparée des éléments du fonds. Est-ce possible ? Oui car ils n'ont pas de droit de suite sur les éléments du fonds. " Meubles n'ont pas de suite par hypothèque " (article 2119 du Code Civil). Ceci dit il est prévu par le texte (article L 143-10) qu'une notification doit leur être faite en cas de saisie vente d'un ou plusieurs éléments du fonds et la procédure de saisie ne peut

intervenir que dix jours après la notification. Ils peuvent exiger du créancier que soit procédé à la saisie vente de tous les éléments du fonds ou procéder eux-mêmes à la vente forcée de la totalité. Le matériel est les marchandises sont vendues en même temps que le fonds de commerce avec des prix différents.

La résolution de la vente du fonds de commerce est sans effet car on doit leur notifier l'action en

résolution et ils peuvent paralyser l'action en désintéressement du créancier si le prix payé est inférieur à leur créances. Il y a deux protections supplémentaires tirées du droit commun :

✕ La déchéance du terme 1188 du Code Civil, ils peuvent la demander lorsque le débiteur par son fait a diminué la valeur des sûretés qui leurs sont accordées.

✕ L'article L 314-5 du Code Pénal punit le débiteur qui détruit ou détourne l'objet donné en garantie ex : le fonds de commerce.

En définitive le nantissement est une sûreté imparfaite car ou bien l'entreprise débitrice est dans une bonne situation financière et alors la garantie ne sert à rien ou bien la garantie est utile mais la valeur du fonds de commerce (assiette) perd sa valeur à ce moment du fait de l'absence de clientèle et d'activité provenant de la mauvaise situation financière.

### **Paragraphe II : Le crédit-bail sur fonds de commerce :**

C'est un contrat de crédit-bail, on le connaît déjà un peu, c'est un contrat de location permettant au crédit preneur d'acheter à la fin du contrat le bien loué pour un prix résiduel. Le fait nouveau est qu'une loi de 1986 a rendu possible le crédit-bail portant sur un fonds de commerce (article L 313-7 et suivants du CMF).

Par ailleurs une loi de 1989 a prévu la possibilité d'un crédit-bail sur un élément du fonds de commerce. On va voir les particularités du crédit-bail portant sur le fonds de commerce, c'est une technique de crédit pour laquelle on réserve au fournisseur du crédit la meilleure sûreté : la propriété du bien. Le crédit bail est :

✕ Un crédit de bail.

✕ Un transfert de propriété à la fin.

Pendant la plus grande partie on a un bail auquel on applique les règles de la location-gérance.

Tout se passe comme si le crédit bailleur donnait au crédit preneur l'établissement en location gérance. Remarques :

□ Le crédit-bailleur ne peut être qu'un établissement de crédit.

□ On ne respecte pas les deux ans de l'article L 144-3 (obligation d'exploitation personnelle pendant 2 ans pour donner en location gérance).

□ La révision des loyers est impossible, elle ne se conçoit pas ici car le plan de charge des loyers est prévu pour amortir le prix et obtenir un prix résiduel à la fin.

□ La fin de la location gérance ne rend pas exigible les dettes qui y sont afférentes.

Il y a dans ce contrat des facteurs d'adaptation de la location gérance au crédit bail mais il demeure des particularités de la location gérance qui ne sont pas adaptées a crédit-bail :

✕ La solidarité entre le loueur et le locataire, ce n'est pas adapté pour le crédit-bailleur.

✕ Si le locataire est défaillant le crédit-bailleur récupérera le fonds mais un fonds sans grande valeur. Lorsqu'on veut mettre en œuvre les garanties c'est que le débiteur ne paye pas donc de toute manière la valeur du fonds de commerce est faible.

En cas de procédure collective l'administration peut exiger la continuation du crédit-bail en cours

ce qui n'est pas adapté à ce contrat. Le crédit-bail est au terme du contrat une vente si le crédit preneur lève l'option. La vente du fonds de commerce est assortie de lourdes formalités pour protéger les créanciers mais ici c'est inutile car l'acheteur connaît parfaitement la situation.

### **Section III : La transmission du fonds de commerce :**

C'est souvent la vente du fonds de commerce, vendre un fonds de commerce c'est vendre une entreprise, la location-gérance du fonds de commerce est souvent une étape préalable au transfert du fonds. On prend en location-gérance et on se fait consentir une promesse de vente. Il y a d'autres techniques de transfert du fonds de commerce :

✕ On peut transmettre un fonds de commerce à titre gratuit à l'intérieur de la famille par donation partage, testament... C'est classique dans 60% des PME on transmet aux héritiers.

✕ Le cas de l'entreprise exploitée sous forme de société : là on peut choisir de

Céder le patrimoine de la société ou un procéder à un apport partiel d'actifs.

On peut aussi dans ce cas céder les titres sociaux (on acquiert le contrôle sans avoir à payer le prix total de la société). C'est devenu dur avec l'obligation de passer par une OPA.

On peut céder le fonds de commerce : l'acquéreur dans ce cas n'est pas tenu du passif, le fonds de commerce n'étant pas un patrimoine les dettes ne sont pas transmises. Il faut rapprocher la vente de l'apport du fonds de commerce.

Il y a donc plusieurs techniques de transmission.

### **Paragraphe I : La vente du fonds de commerce :**

C'est une vente qui obéit au droit commun des contrats mais elle est spécialement réglementée car c'est une opération avec des intérêts divergents :

✕ L'intérêt du vendeur : le vendeur est rarement payé comptant donc il doit se protéger de l'insolvabilité de l'acheteur : il a donc un privilège avec une action résolutoire.

✕ L'intérêt de l'acheteur : il faut le protéger donc la loi de 1909 et 1935 a ajouté l'obligation que l'acte de vente contienne des informations de renseignement très précis. Il y a aussi une réglementation stricte de la profession d'intermédiaire de vente de fonds de commerce.

✕ Il faut protéger les créanciers du vendeur car les dettes ne sont pas transmises avec le fonds de commerce et le fonds sort du patrimoine du débiteur. Selon le droit commun les créanciers chirographaires subissent les actes du débiteur, mais ici on a adapté :

Il faut que le fonds de commerce soit vendu à sa vraie valeur,

Et que les créanciers soient avertis de la vente par publicité légale pour pouvoir éventuellement s'opposer au prix de vente jugé trop faible.

### **Les conditions de validité :**

#### **Les conditions de fonds :**

Il y en a 4 :

□ La capacité commerciale du commerçant car la vente du fonds de commerce est un acte de commerce. C'est un acte de commerce objectif par accessoire. Pour l'acheteur c'est aussi un acte de commerce.

□ Il faut avoir le pouvoir d'exercer cet acte sinon il y a nullité de la vente cf : cas des époux.

□ Il faut le consentement : il y a des formes particulières destinées à réformer l'acheteur ce qui n'exclue pas l'application du droit commun du dol.

□ Objet : le critère de la vente du fonds de commerce est la transmission de la clientèle, le fonds de commerce est l'élément principal qui retient la clientèle. La cession massive des titres d'une société exploitant un fonds de commerce emporte-t-elle cession du fonds de commerce ? Il y a deux enjeux importants :

Un enjeu fiscal : il y avait des droits d'enregistrement élevés sur le fonds de commerce donc éviter la vente était une bonne chose.

Un enjeu juridique : le transfert de droits sociaux est facile alors que la vente d'un fonds de commerce est soumise à de lourdes formalités.

Quelle est la réponse à cette question ? C'est non, la jurisprudence estime que même la cession de

la totalité des parts n'entraîne pas cession du fonds de commerce (Cassation Commerciale 13/02/1990).

### **Le prix :**

Il est librement fixé, ce peut être un prix global. S'il n'est pas payé comptant pour conserver le

privilège du vendeur il faut fixer trois prix différents (sectionnement, ventilation). Il y a des problèmes de dissimulation pour des raisons fiscales et juridiques : la contre lettre est nulle, il y a un droit de préemption de l'administration fiscale et il y a redressement fiscal en cas de prix trop modique.

### **Pour les conditions de forme :**

C'est un contrat consensuel qu'on peut prouver par tous moyens. Il y a certaines énonciations obligatoires pour protéger l'acheteur ce qui revient à imposer la rédaction d'un écrit :

□ L'information du cessionnaire : l'idée est qu'il est difficile pour l'acheteur d'apprécier la valeur du fonds de commerce. C'est pourquoi la loi de 1935 (article L 141-1 impose certaines mentions comme le chiffre d'affaire, le bénéfice réalisé pendant les trois dernières exercices, la loi exige que les deux parties visent les documents comptables et le vendeur du fonds de commerce doit les mettre à disposition de l'acheteur pendant 3 ans.

Le champ d'application : ces règles s'appliquent au contrat de vente mais aussi à l'apport en société à l'avant contrat (PUV ou PSV). Même en cas de PUV les mentions doivent figurer. Tout cela est logique. Pour que ces informations aient un sens il faut informer le revendeur avant la vente.

Il y a deux sanctions en cas de non respect :

□ La commission d'une mention obligatoire permet d'obtenir la nullité sous 1 an à compter de la conclusion de la vente (article L 141-1 2°).

□ L'inexactitude d'une mention obligatoire permet d'agir en garantie des vices cachés (article L 141-3).

### **La protection des créanciers :**

On ne parle pas ici des créanciers inscrits déjà protégés par des sûretés (droit de suite, information,

opposition et surenchère), on vise ici les créanciers chirographaires. Il s'agit ici d'un mécanisme de publicité permettant l'exercice du droit d'opposition ou du droit de surenchère du 1/6<sup>ème</sup>.

Il y a une publicité qui s'opère en deux temps :

✕ C'est une publicité préalable, l'acte doit être notarié, authentique ou enregistré (article L 141-5) les droits d'enregistrement sont perçus à ce moment. Sur ce point il y a désormais une totale neutralité fiscale que l'on vende un fonds de commerce en nom propre ou des titres sociaux (LDF de 2000).

✕ C'est une publicité qui doit se faire dans les 15 jours de la vente, on doit publier (article L 141-12) dans un journal d'annonce légale et au BODACC.

Le prix demeure indisponible pendant un délai de 10 jours à compter de cette publicité. S'il est payé ce paiement ne sera pas opposable aux créanciers, l'acheteur ne sera pas libéré. Le transfert du fonds de commerce est consensuel dont cette publicité n'a pas pour but de rendre le transfert opposable aux tiers, cette publicité sert juste à protéger les créanciers contre la disparition de leur gage. On retrouve le problème de la vente successive à deux personnes successives. Ici on considère qu'on a un meuble incorporel donc la règle est que le propriétaire est celui qui a acquis le 1<sup>er</sup> :

L'opposition au paiement du prix (article L 141-14). Il s'agit de l'interdiction faite par un créancier à l'acheteur de payer le prix au vendeur, ça se fait pas acte d'huissier sous 10 jour. A peine de nullité il faut indiquer le montant et les causes de la créance. L'effet de l'opposabilité est que le prix est bloqué et devient indisponible.

Le droit de surenchère du 1/6<sup>ème</sup> article L 141-19 : c'est une protection accordée au créancier contre une vente à vil prix ou contre une vente dont une partie du prix serait dissimulée. C'est semblable à la purge pour les créanciers nantis : le créancier a le droit de provoquer la remise en vente publique du fonds de commerce par vente aux enchères en se portant premier enchérisseur pour le prix d'origine plus 1/6<sup>ème</sup> non compris le matériel et les marchandises. Ça a un caractère préventif. C'est rare car il y a de lourdes obligations de remboursement pour l'acheteur Cass. Com. 1/03/20000 : on a ajouté des frais d'actes, pénalités, intérêts, indemnités...

### **Les effets de la cession :**

C'est le transfert de propriété du fonds de commerce. C'est aussi la naissance de certaines obligations :

#### **□ Pour le vendeur :**

L'obligation de délivrance (article 1603 et suivants du Code Civil). Ce qui suppose l'accomplissement de différentes formalités comme la signification de la cession au bailleur, les formalités à l'INPI pour les brevets.

La garantie des vices cachés.

La garantie d'éviction au titre de laquelle figure de plein droit une dette de non concurrence.

#### **□ A la charge de l'acheteur :**

Il doit payer le prix. Ce qui n'est pas payé au comptant est représentée par des billets à ordre ou de fonds qui sont endossables ce qui emporte transfert de la créance et du privilège qui y est attaché. S'il ne paye pas on peut sanctionner par la résolution de l'article L 141-8 et suivants... L'action résolutoire doit être notifiée aux créanciers qui peuvent paralyser l'action en payant à la place du débiteur.

### **Paragraphe II : L'attribution préférentielle du fonds de commerce :**

C'est un mécanisme légal qui peut être d'utilisation conventionnelle.

### **Un mécanisme légal :**

L'hypothèse est celle d'un fonds de commerce commun à deux époux, si le mariage est dissout

auquel des deux ira le fonds de commerce ? A qui attribue-t-on ? La communauté est dissoute donc on passe alors à une indivision dont il y a 3 façons de sortir :

- Mettre les biens en société.
- Vendre.
- Partager : mécanisme mettant fin à l'indivision.

Dès lors qu'on partage le risque est de morceler le bien, on brise l'unité de certains biens donc une loi de 1938 a inséré à l'article 832 du Code Civil un autre mode de partage reposant sur l'égalité en valeur considérant que certains copartageants ont vocation à recevoir certains biens ce qui est le cas des petites entreprises commerciales industrielles ou artisanales (à caractère familial) et les exploitations agricoles. Ces biens là peuvent faire l'objet d'une attribution préférentielle celui qui en bénéficie est le conjoint survivant ou tout autre héritier ou copropriétaire ayant participé à l'exploitation du fonds de commerce.

### **L'utilisation conventionnelle de ce mécanisme :**

Dans les contrats de mariage on peut stipuler une clause commerciale, c'est une clause de prélèvement moyennant indemnité qui consiste à stipuler que lors du partage l'un des époux aura la possibilité de prélever certains biens communs à imputer sur son lot (article 1511 du Code Civil). C'est utile pour le conjoint survivant sur un fonds de commerce, ça joue le rôle d'un mécanisme d'attribution préférentiel.

Le problème c'est quand le fonds de commerce commun est exploité dans un immeuble qui appartient en propre à l'un des époux. Dans ce cas on fait consentir à cet époux l'obligation de consentir un bail au futur attributaire du fonds de commerce, ça a été jugé en 1985.

☺ **FIN DU COURS DU 2<sup>ème</sup> SEMESTRE** ☺